Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho

Tercera edición

Javier Hervada

EUNSA

LECCIONES PROPEDÉUTICAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Primera edición: Agosto 1992
Segunda edición: Agosto 1995
Tercera edición: Julio 2000

Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA)
Plaza de los Sauces, 1 y 2. 31010 Barañáin (Navarra) - España
Teléfono: (34) 948 25 68 50 - Fax: (34) 948 25 68 54
E-mail: eunsaedi@abc.ibernet.com

ISBN: 84-313-1187-8
Depósito legal: NA 1.857-2000

Composición: M.ª Dolores Suescun

Imprime: Line Grafic, S.A. Hnos. Noáin, 11. Ansoáin (Navarra)

Printed in Spain - Impreso en España

JAVIER HERVADA

LECCIONES PROPEDÉUTICAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Tercera edición

EUNSA

EDICIONES UNIVERSIDAD DE NAVARRA, S.A.
PAMPLONA

ÍNDICE

Lección III
CUESTIONES PRELIMINARES

Lección IV
EL OFICIO DE JURISTA

Lección V
LA JUSTICIA

Lección VI
EL DERECHO

Lección VII
LA LESIÓN DEL DERECHO: LA INJUSTICIA Y LO INJUSTO

Lección VIII
LA NORMA JURÍDICA

Lección IX
LA PERSONA

Lección X
EL DERECHO NATURAL

Lección XI
INMANENCIA Y TRASCENDENCIA EN EL DERECHO

Lección XII
EL CONOCIMIENTO JURÍDICO

Lección XIII
LÍNEAS GENERALES DEL MÉTODO DE LA CIENCIA JURÍDICA

PRÓLOGO

No es éste un libro para filósofos del Derecho, y mucho menos para filósofos. Sus destinatarios son mis alumnos de la Facultad de Derecho, que cursan la disciplina de Filosofía del Derecho en un cuatrimestre, en el último año de la carrera, cuando, formados ya en la mentalidad jurídica y con los esquemas metodológicos propios de la ciencia del Derecho, tienen especial dificultad, salvo una escasísima minoría, para estudiar y entender una disciplina filosófica. Por eso, he redactado este libro, para intentar hacerles comprensibles los fundamentos últimos de la ciencia jurídica y del derecho, evitando en lo posible un lenguaje y unos esquemas filosóficos, que –según me demuestra mi experiencia (otros profesores tengan quizás otra distinta)–, aunque sean corrientes entre los filósofos del derecho, a los alumnos les resultan de difícil comprensión. Respetando desde luego otras opiniones, me parece que la actual masificación de la Universidad impone estas servidumbres.

Por lo demás, el libro que el amable lector tiene entre las manos se dirige a un objetivo bien concreto y determinado: presentar un sistema de filosofía del derecho desde la perspectiva del realismo jurídico clásico. No es, pues, un libro que entre en polémicas –el autor las rehuye por principio– ni que tenga por finalidad mostrar el variado panorama de las diversas corrientes de la filosofía jurídica de nuestro tiempo, aunque ciertamente se alude a ellas y se las tiene debidamente en cuenta.

El autor piensa que el positivismo normativista –con sus variantes formalistas y sociologistas– es una etapa enfermiza de la ciencia jurídica en trance de superación; y es insensible a los cantos de sirena del postpositivismo, que a su juicio más agrava la enfermedad que la cura. Por el contrario, el autor está convencido de la necesidad de volver al pensamiento jurídico clásico, a Aristóteles, a los juristas romanos y a Tomás de Aquino. Y por supuesto a la metafísica. Justamente ese pensamiento, hacia el que

la modernidad ha mostrado un profundo y visceral desdén, acompañado –todo hay que decirlo– de una no menos profunda ignorancia acerca de él.

Educado en una ciencia jurídica formalista, el autor conoció tempranamente el realismo jurídico clásico, pero por su educación ni lo apreció ni lo entendió durante largo tiempo. Le parecían fórmulas vacías cuyo sentido no conseguía captar. Unos veinte años tardó en comprenderlo, pero desde que tal evento ocurrió, no tuvo la menor duda de haber descubierto la mejor explicación conocida del derecho y de la ciencia jurídica. ¿Quizás la definitiva? Tanto no afirma. Ojalá el futuro nos depare una mejor y más perfecta filosofía jurídica, un pensamiento jurídico más completo y más esclarecedor. Pero entretanto tal no ocurre, el realismo jurídico clásico posee unas virtualidades que ninguna otra filosofía jurídica ha probado tener. El rápido olvido en que han caído, una tras otra, las demás corrientes es una buena prueba de ello. ¿Quién es hoy genuinamente kantiano, o fiel hegeliano, o seguidor puro de la filosofía de los valores, o marxista ortodoxo, por poner sólo unos ejemplos? Sin duda quedan muchos rastros e influjos –a veces acusados– de esas corrientes, pero los sistemas puros han sido desmantelados o lo están siendo. No es ése el caso del realismo jurídico clásico que cuenta con una historia de más de veinte siglos, a pesar de que a veces algunos pretendidos seguidores suyos lo hayan desfigurado hasta hacerlo irreconocible.

Con el deseo de dar a conocer y de repristinar en su pureza al realismo jurídico clásico, enfrentándolo a los problemas actuales y en diálogo –siempre que ha sido posible– con otras corrientes, con ese deseo se han escrito estas páginas. En ellas se ha procurado ante todo la claridad, aunque no siempre ello haya resultado equivalente a facilidad.

El mismo título muestra el origen universitario de este libro y son las necesidades de la docencia universitaria lo que da razón de su contenido, de la proporción de sus partes y del ritmo de la exposición. La conveniencia de no romper la línea del discurso de las lecciones explica que no se hayan hecho más referencias a autores y obras que merecerían un comentario: en la bibliografía que aparece al final de cada capítulo pueden encontrarse salvadas muchas de esas obligadas omisiones.

Pamplona, 2 de mayo de 1989.

NOTA A LA PRESENTE EDICIÓN

Por necesidades docentes, este libro fue publicado parcialmente en tres ediciones anteriores con el subtítulo de "Volumen I. Teoría de la justicia y el derecho". La presente edición es, pues, la primera del libro completo. Aunque el autor entiende que la metodología jurídica no es propiamente parte de la filosofía del derecho, ha añadido un último capítulo con unas breves y sucintas observaciones metodológicas por razones docentes.

Pamplona, 25 de marzo de 1992.

LECCIÓN I

LA FILOSOFÍA

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La filosofía en sus orígenes. 3. Descripción de la filosofía. 4. La filosofía como sabiduría. 5. La filosofía como ciencia. 6. Filosofía y experiencia. 7. Filosofía especulativa y filosofía práctica.

1. INTRODUCCIÓN. *a*) Al desarrollar un curso sobre una disciplina cualquiera, resulta prolegómeno obligado describir la disciplina y mostrar en qué consiste. Definirla y delimitarla, poner de relieve su estatuto epistemológico y marcar los caracteres que la diferencian de otras disciplinas es tarea imprescindible para situarse, desde el primer momento, en la sintonía mental correcta para comprenderla.

¿Qué es la filosofía del derecho? Éste es, sin duda, el interrogante primero que surge espontáneamente y con toda legitimidad en el inicio mismo del estudio de la disciplina. Y a responderla se dirigen las dos primeras lecciones. En ellas deberemos explicar en qué consiste nuestra disciplina y cuál es su utilidad y servicio para el jurista, dando así razón de la conveniencia de su estudio.

b) La filosofía del derecho se llama de este modo, porque es el saber filosófico cuyo objeto es el derecho. Es la especulación filosófica sobre el derecho. Por lo tanto, lo primero que debemos hacer es exponer qué sea la filosofía: a qué tipo de saber pertenece la especulación filosófica.

A nadie se le oculta la dificultad que entraña dar una noción de la filosofía[1] y aún hay filósofos que, escépticos ante la posibilidad de solventar tan difícil problema, advierten que se trata de una cuestión sin solución definida[2].

Tal escepticismo es un tanto extremo, por más que las razones que se alegan no dejan de ser plausibles. Sin embargo, la dificultad existe y ello nos obliga a limitarnos a dar una visión descriptiva de la filosofía más bien aproximada, pero lo suficientemente identificadora, como para ofrecer una descripción de la filosofía del derecho, que permita reconocerla y comprenderla.

2. LA FILOSOFÍA EN SUS ORÍGENES. *a*) Por una tendencia natural de su inteligencia el hombre no se conforma con hacer cosas ni con conocer la realidad de un modo superficial. Tiende a indagar las razones de su actuar, aun las más profundas, y el ser de las cosas, aun el más íntimo. No cabe duda de que el hombre –muchas veces de modo confuso, provisional e inconsciente– aspira a conocerse y a conocer el mundo en el que está inmerso, con el deseo de alcanzar aquel saber fundamental que dé coherencia a su obrar, aquel saber básico que aporte el sentido último de su vida y le ofrezca la explicación más plena de la realidad que le circunda. La tendencia existe, por más que no hayan faltado ni

1. Por de pronto la filosofía pertenece al género de realidades primeras y más simples –universalísimas– que no admiten una definición propiamente dicha o definición esencial. Tal definición debe hacerse por el género próximo y la diferencia específica y en ese tipo de realidades universalísimas no se da ni uno ni otra. Por ello, la filosofía admite tan solo una definición descriptiva o descripción. Por otra parte, la pregunta *¿qué es la filosofía*? es ella misma una interpelación filosófica; así, cada sistema filosófico puede valer como una respuesta a esa interpelación y también a lo que la filosofía representa para la vida humana.

2. Vide J. FERRATER, *Diccionario de Filosofía*, II (Madrid 1986), voz *Filosofía*. En esta voz pueden encontrarse una serie de definiciones de la filosofía, desde la Antigüedad hasta nuestros días.

falten actitudes escépticas, agnósticas o reduccionistas, ante los interrogantes más fundamentales que el ser de las cosas y la vida humana plantean. Esta tendencia al saber radical y último es el origen de la filosofía.

b) Resulta muy adecuado hablar de tendencia a propósito de la filosofía, porque ésta se presenta como tensión hacia la sabiduría, más que como sabiduría lograda. Es connatural con el filósofo la actitud insatisfecha, que no descansa con conocimientos parciales y camina hasta querer abarcar a todos los seres y penetrar en su núcleo más íntimo de inteligibilidad. Sin embargo, esa meta que es el saber absoluto o sabiduría en su más alto sentido, ¿resulta realmente alcanzable por la razón humana o es una utopía? Un filósofo español coloca la filosofía entre la utopía y la realidad: tiende a la sabiduría, pero reconoce sus limitaciones y se tiene a sí misma, más que como poseedora de la sabiduría, como buscadora y estudiosa de ella. Es una actitud llena de realismo.

Ante este alto sentido de la sabiduría se explica la actitud de los pensadores griegos al adoptar el nombre de filósofos –no sabios, sino estudiosos de la sabiduría– y de filosofía –amor y deseo de sabiduría– para designarse a sí mismos y a sus saberes. Y así decía al respecto Aristóteles: "Se puede estimar con razón que la posesión de la sabiduría es algo más que humano. En efecto, la naturaleza humana está esclavizada en tantos aspectos, que, según Simónides, sólo Dios puede gozar de este privilegio"[3]. El mismo pensamiento atribuyó Heráclides Póntico a Pitágoras, según cuenta Diógenes Laercio: "Ninguno de los hombres es sabio, sólo lo es Dios"[4].

c) Tanto en nuestra lengua como en la griega, sabiduría es todo saber eminente, todo conocimiento profundo de las ciencias, letras y artes. Y se dicen sabios quienes gozan de tales saberes.

No de muy distinta manera, en la antigua Grecia se llamaba sabio o *sophos* (también *sophistes*) –de nuevo el testimonio es de

3. *Metaphysica*, 1, 2, ed. W. Jaeger, SCBO (Oxonii 1969).
4. *Vitae Philosophorum*, 1, 12, ed. H. S. Long, SCBO (Oxonii 1964).

Diógenes Laercio[5]– a quien profesaba la sabiduría, *sophia*, y había llegado a lo sumo de su perfección según los parámetros de la época. Los más célebres y arquetípicos, entre los más antiguos, los siete sabios de Grecia.

En comparación con los sabios, de los que se suponía que habían alcanzado la sabiduría, apareció la denominación de filósofo, *philósophos*, como el amante de la sabiduría, el que se considera a sí mismo estudioso de ella sin haberla aún logrado. Es una postura modesta. Es la actitud que se atribuye a Pitágoras, a quien desde la antigüedad se ha tenido por ello como el primero que usó tal apelativo, aunque la crítica moderna no ha dejado de proyectar algunos interrogantes al respecto. La tradición se transmitió por Heráclides Póntico[6], Cicerón[7] y Jámblico[8], así como otros varios autores. En síntesis, se cuenta que Pitágoras vino a Fliunte y disputó allí docta y copiosamente con Leonte, príncipe de los Fliaseos. Habiéndose admirado Leonte de su ingenio y elocuencia, le preguntó qué arte profesaba. Pitágoras respondió que no sabía ciencia alguna, sino que era filósofo. Admirado Leonte con la novedad del nombre, le preguntó quiénes eran los filósofos, a lo que Pitágoras contestó: los estudiosos de la sabiduría[9]. Esta denominación, escribió Agustín de Hipona, agradó tanto a la posteridad, que todo el que sobresalía en el conocimiento de la sabiduría, se designó en adelante con el nombre de filósofo[10]. La actitud de modestia, que tradicionalmente se atribuye a Pitágoras al usar del apelativo de filósofo, la describe a finales de la Edad Antigua el propio Agustín: "La Escuela itálica tuvo por fundador a Pitágoras, del que se cuenta que inventó el nombre de filosofía. Pues, como quiera que en un principio se llamaran sabios a los que sobrepujaban a los demás en cierto modo de laudable vida, por

5. Loc. cit.

6. Cfr. DIÓGENES LAERCIO, ob. cit., 1, 12 y 8,8. La obra de Heráclides se ha perdido.

7. *Tusculanae disputationes*, V, 3, 7-9, ed. M. Pohlenz, Bibliotheca Teubneriana (Stutgardiae 1965).

8. *De vita Pythagorae*, XII, ed. L. Kuster (Amsterolodami 1707).

9. Vide A.-H. CHROUST, *Some Reflections on the Origin of the Term "Philosopher"*, en "New Scholasticism", XXXVIII (1964), págs. 434 ss.

10. *De Trinitate*, XIV, 1, ed. W. J. Mountain, C Ch (Turnholti 1968).

eso, habiendo sido él interrogado acerca de su profesión, respondió que era filósofo, esto es, estudioso o amante de la sabiduría, pues le pareció arrogantísimo tenerse por sabio"[11]. En consecuencia, la sabiduría pasó a llamarse filosofía: de *philia*, amor y *sophia*, sabiduría.

d) Así, pues, filosofía y sabiduría fueron lo mismo en sus orígenes, como lo advierte Tomás de Aquino[12].

Puesto que sabiduría y filosofía fueron, hasta la Edad Media, lo mismo, la filosofía no era una ciencia unitaria, sino el conjunto universal de saberes que abarcaba unos conocimientos universales, unidos por el afán de saber del filósofo. Por eso Platón escribió que los verdaderos filósofos son "los que gustan de contemplar la verdad", por lo que se dice del filósofo "que ama la sabiduría, no en parte, sino toda y por entero"[13]. Esa universalidad es característica del filósofo: no hay realidad que escape a su interés ni a su mirada. De ahí que la filosofía o sabiduría abarcase la universalidad de los saberes conocidos: metafísica, física, matemática, astronomía, ética, política, etc. Pero esta universalidad estuvo unida –y eso es lo más típico del filósofo– al intento de conocer todo ente en profundidad, en sus causas y principios, aun los más radicales y últimos[14].

11. *De Civitate Dei*, VIII, 2, ed. E. Hoffmann, CSEL (reimpr. New York 1962).

12. "Se ha de notar que antes se usaba el nombre de sabiduría y ahora el de filosofía, pero los dos significan lo mismo. Pues a los antiguos que se dedicaban al estudio de la sabiduría se les llamaba sofistas, esto es, sabios; pero Pitágoras, habiendo sido interrogado acerca de su profesión, no quiso llamarse sabio, como sus antecesores, por parecerle esto presuntuoso, y así se llamó filósofo, esto es, amante de la sabiduría. Y de aquí que el nombre de sabio se haya cambiado por el de filósofo, y el de sabiduría por el de filosofía". *In I Metaph.*, lect. 3, n. 56.

13. *Res Publica*, V, 19 y 20, 475 b y e, ed. I. Burnet, SCBO (Oxonii 1962).

14. Lo ponen de manifiesto unas palabras de Arquitas de Tarento: "El hombre ha nacido y está naturalmente preparado para contemplar las razones de todas las cosas y de la sabiduría misma, y por eso su oficio es comparar y contemplar la sabiduría de todas las cosas que existen... La sabiduría versa, no sobre algún determinado género de cosas, sino en absoluto sobre la serie entera de las cosas; ni debe tampoco pararse en la primera explicación de cada uno de

Conocer las cosas en sus causas o principios, en su radicalidad y ultimidad (primeras causas y primeros principios) fue –y sigue siendo– la nota propiamente configuradora de la filosofía. De ahí que la más alta filosofía –la más alta sabiduría– sea la metafísica que, como dice Aristóteles, estudia al ente en cuanto ente[15].

3. DESCRIPCIÓN DE LA FILOSOFÍA. *a*) Si la universalidad del saber filosófico, en cuanto tiene por objeto toda la realidad, es nota permanente de la filosofía, no lo ha sido la universalidad de saberes. Por la evolución y desarrollo de las ciencias que, con raíces en el siglo XIV, tuvo lugar sobre todo a partir del siglo XVII, se operó la distinción entre filosofía y ciencia en sentido estricto, denominándose ciencias por antonomasia a las ciencias particulares, exactas y experimentales. Así la física, la astronomía, la matemática y otras se constituyeron en ciencias autónomas no filosóficas y han nacido la política, la sociología, la psicología, etc., empíricas, distintas de las respectivas ramas de la filosofía[16].

La distinción entre ciencia y filosofía no se ha realizado por materias –la filosofía tiene por objeto toda la realidad–, sino sobre

los seres sino que debe investigar los principios comunes de todos ellos. Y es que así se ocupa la sabiduría de todas las cosas, como la vista de todos los objetos que caen bajo la visión. Luego lo que en general es atribuido a todas las cosas, eso es lo que debe conocer y considerar la sabiduría; y por eso la sabiduría investiga los principios de todas las cosas... Por eso, quien es capaz de resolver en un mismo y único principio todos los géneros de todas las cosas, y componerlos y conjugarlos ordenadamente, ése me parece el más sabio y el más verdadero de los hombres, y me parece además que ha encontrado una conveniente atalaya para mirar desde ella a Dios y a todas las cosas, colocadas con acertada distribución y orden en sus lugares respectivos, y que se ha enseñoreado de un camino regio por donde pueda progresar con paso seguro y concluir la carrera enlazando los principios con los fines y entendiendo que Dios es el principio, el medio y el fin de todas las cosas que se hacen con rectitud y justicia". *Fragmenta ex libro de Sapientia*, §§ 3-5, en "Fragmenta Philosophorum Graecorum", ed. G. A. Mullach, I (Parisiis 1875).

15. En consecuencia, la negación de la metafísica representa cerrarse al conocimiento más profundo de la realidad. Frases como la atribuida a Axel Hägerström, *delenda est metaphysica*, no pueden considerarse afortunadas.

16. No ha faltado, sin embargo, quien ha seguido identificando la filosofía con el árbol del saber. Vide S. RAMÍREZ, *El concepto de filosofía* (Madrid 1954).

todo por razón del respectivo estatuto epistemológico. Las ciencias observan y estudian aspectos parciales de la realidad –ciencias particulares– y según sus causas y principios inmediatos, así como según sus condicionamientos aparentes. La ciencia se ha configurado como un saber fenoménico[17] (*fenómeno*: lo observable y verificable) y positivo[18].

¿A qué puede, pues, llamarse filosofía, tras la autonomía de las ciencias? La filosofía es el saber metacientífico, aquel que va más allá de las ciencias particulares y de las causas y principios inmediatos. En otras palabras, la filosofía es la búsqueda de una explicación de la realidad más allá de la ciencia, esto es, en su radicalidad y ultimidad, en el sentido de que no es posible ir más lejos en el conocimiento de las cosas. Esto significa que la filosofía busca la explicación última y definitiva de todo lo real[19].

Hasta dónde pueda llegar esa explicación última y hasta qué punto pueda ser definitiva es un problema filosófico de primera magnitud en el que no es del caso entrar ahora. Lo que aquí interesa poner de relieve es que cualquier sistema filosófico, responda como responda a esas cuestiones, llega a un desvelamiento de lo real, a unas causas y a unos principios que se tendrán como los últimos accesibles, porque se entenderá que no es posible que nuestro conocimiento llegue más lejos, o por defecto de éste –más allá estará lo incognoscible– o porque no existe nada ulterior[20].

17. Un intento de sistema filosófico basado en los fenómenos lo constituye la fenomenología husserliana. Cfr. E. HUSSERL, *La filosofía como ciencia estricta*, 2ª ed. castellana (Buenos Aires 1969). Vide. J. S. PEREIRA, *E. Husserl: La filosofía como ciencia rigurosa* (Madrid 1979).

18. Sobre la positividad vide X. ZUBIRI, *Cinco lecciones de filosofía* (Madrid 1963), págs. 139 ss.

19. Cfr. R. JOLIVET, *Tratado de filosofía*, I, ed. castellana (Buenos Aires 1960), pág. 11.

20. Al respecto véanse estas palabras de Verneaux: "Semejante definición de la filosofía nos parece válida para todas las filosofías. No cabe duda de la existencia de grandes divergencias acerca de la naturaleza de los principios que ellas proponen; para unas, por ejemplo la de Marx, es la Materia; para otras, como la de Hegel, es el Espíritu; y para otras aún, la Sabiduría (Spinoza), etc. Pero poco importa aquí que una filosofía sea materialista, idealista o panteísta, ya que siempre tiende a explicar el universo por sus causas supremas. Tal vez el único sistema de pensamiento excluido por esta definición sea el escepticismo, que hace consistir la sabiduría en la duda respecto de todas las

b) Según lo dicho, podemos describir la filosofía como *el conocimiento racional de todas las cosas por las causas últimas y por los principios supremos*[21]. O también como *el estudio de la realidad que tiende a conocerla en sus últimas causas y en su más íntimo ser*.

La filosofía así descrita no constituye una disciplina única, sino un conjunto de disciplinas (metafísica, gnoseología, filosofía de la naturaleza, antropología, lógica, etc.), a las cuales la descripción dada les es aplicable analógicamente. Todas son, sin embargo, verdaderamente filosóficas, a las que pueden aplicarse las descripciones ofrecidas, si bien no de modo unívoco.

c) La filosofía proporciona al hombre –en lo racionalmente posible– la explicación más íntima del mundo, le da el sistema de valores en el que fundar su conducta y le muestra el fin supremo y el sentido último de la vida humana. El conocimiento filosófico es, pues, en el plano de la razón, el saber más importante y decisivo para el hombre, del que depende su actitud fundamental ante la vida y la orientación más radical de su obrar. En este sentido, la filosofía es *sabiduría*[22].

4. LA FILOSOFÍA COMO SABIDURÍA. *a*) Decir que la filosofía es sabiduría equivale a afirmar que es el saber más alto y supremo y, en consecuencia, que tiene una función crítica y fundamentadora respecto de las ciencias particulares. Corresponde a la filosofía la función de ofrecer una crítica racional, metódica y sistemática de toda actividad humana y, por lo tanto, de las ciencias. A la vez,

cosas. Pero, dado que enseña las razones del dudar y puesto que las reduce a unos capítulos principales, también cabría admitir que el escepticismo busca las razones últimas de las cosas". *Curso de filosofía tomista. Introducción general y Lógica*, ed. castellana (Barcelona 1968), pág. 15.

21. Una aclaración terminológica. Las causas y principios últimos y supremos se llaman frecuentemente causas y principios *primeros*. Son lo mismo y todo depende del punto de vista adoptado. Si se parte de la experiencia, tales causas y principios aparecen como últimos y supremos. Si se adopta el punto de vista genético, son primeros.

22. Sobre la noción de sabiduría, vide J. MARITAIN, *Ciencia y filosofía*, ed. castellana (Madrid 1958), cap. 1.

ofrece a éstas –y a toda actividad humana– los fundamentos teóricos y prácticos para su desarrollo.

b) Esta función es más inmediata y evidente en las ciencias del hombre, porque todas ellas implican diversos postulados filosóficos sobre la naturaleza del hombre y los fines que a éste le son propios. Las conclusiones de las ciencias del hombre no son siempre independientes de los postulados filosóficos, sino que muchas veces los suponen. Se trata de presupuestos filosóficos implícitos, que determinan la orientación y en tantas ocasiones las conclusiones de las ciencias humanas. Por ejemplo, la interpretación de la historia puede estar muy condicionada por la formación filosófica del historiador, como es el caso de los hegelianos y marxistas. Este hecho, suficientemente conocido, ha llevado a diversos autores a pretender construir ciencias puras, independientes de toda implicación filosófica. Ejemplo bien conocido en derecho es la teoría pura de Kelsen. Pero tales intentos encierran un sofisma, porque esas mismas posturas no son propiamente científicas sino filosóficas, sólo pensables a la luz de unos presupuestos ontológicos y gnoseológicos, de modo que los postulados filosóficos en los que cada uno de esos autores se basa son evidentes y bien sabidos. El mismo marxismo, que pretende ser ciencia y no filosofía (la filosofía es una alienación, dice), ha entrado, con toda razón, en la historia del pensamiento filosófico. ¿Qué es la teoría pura de Kelsen sino una corriente de filosofía jurídica?

c) Por lo que atañe a las ciencias de la naturaleza, si bien éstas gozan de una mayor autonomía, también tiene la filosofía la misma función crítica y fundamentadora, porque esas ciencias se basan, a los niveles más altos, en postulados que no pueden justificar ni criticar adecuadamente, estableciendo en ocasiones hipótesis y teorías que tienen relación directa con postulados filosóficos (v. gr. el determinismo universal, la evolución, el origen del mundo, etc.); inciden, pues, en problemas filosóficos que las ciencias en cuanto tales no pueden resolver, porque escapan a su método y a su estatuto epistemológico. Por ejemplo, de la biología no pueden

sacarse conclusiones éticas, ni la física puede demostrar la condición creada o increada del universo.

d) La comunicación connatural entre filosofía y ciencias es fruto de la unidad de lo real y, en consecuencia, de la unidad del conocer. El conocimiento científico y el conocimiento filosófico no son dos formas estancas del conocer, porque no hay compartimentos estancos en lo real. La realidad es una, con dimensiones empíricas y dimensiones metaempíricas, sin que pueda hablarse de "fronteras" entre unas y otras dimensiones. Lo metaempírico es inmanente en lo empírico, no como una cosa bajo otra cosa, sino como coprincipio del ser[23]. Por lo tanto, a la unidad de lo real sigue la unidad del conocer, sin mezclas pero sin rupturas.

5. LA FILOSOFÍA COMO CIENCIA. *a*) La palabra ciencia puede tomarse en dos sentidos: en sentido propio o clásico y en sentido restringido o moderno. Ya hemos dicho que en sentido restringido o moderno, la ciencia se caracteriza, además de lo propio de la ciencia en sentido clásico –saber por las causas–, por ser un conocimiento fenoménico y positivo. Desde esta perspectiva se distingue entre ciencia y sabiduría, entre ciencia y filosofía; la filosofía no es ciencia, sino saber metacientífico[24].

En cambio, la filosofía es ciencia en el sentido clásico de la palabra. En este sentido clásico o propio la ciencia se define como *el conocimiento por las causas* y se caracteriza por llegar a

23. Cfr. R. JOLIVET, ob. cit., págs. 22 ss.

24. No faltan, sin embargo, quienes han negado la posibilidad misma del conocimiento metacientífico, como es el caso del positivismo de Comte y todas sus derivaciones, que, en consecuencia, niegan la especificidad de la filosofía y la reducen a ser una síntesis del saber científico. A esto debe su origen, en el campo del derecho, la llamada "Teoría general del derecho" o *Allgemeine Rechtslehre*. Para Comte, vide J. J. SANGUINETI, *Augusto Comte: Curso de filosofía positiva* (Madrid 1977). En este orden de cosas, la postura más radical es la del marxismo, que rechaza toda filosofía. Sin embargo, como ya hemos hecho notar, esas posturas no son originariamente científicas, pues se trata de conclusiones a las que el método científico no puede llegar; son, propiamente hablando, principios y conclusiones filosóficas y, en consecuencia, metacientíficas.

conocimientos ciertos[25], generales, metódicos (obtenidos por un método riguroso) y sistemáticos, esto es, que estén relacionados y unidos entre sí por principios, conceptos generales y teorías.

La filosofía es, como hemos dicho, el conocimiento por las causas últimas y los principios supremos, posee un método riguroso y reduce sus conocimientos a sistema; es, pues, ciencia en su sentido clásico, la ciencia de la radicalidad y ultimidad de la realidad[26]. Representa el último acabamiento del saber y, por lo

25. Niegan –sin que pueda considerarse aceptable– que la ciencia pueda llegar a alguna certeza autores como Popper. Para este pensador, vide M. ARTIGAS, *Karl Popper: Búsqueda sin término* (Madrid 1979).

26. "Hallar las causas es, en realidad, la gran tarea de los filósofos, y el conocimiento del que se preocupan no es un conocimiento simplemente probable, como el que proporcionan los oradores en sus discursos; es un conocimiento capaz de obligar a la inteligencia, como el que los geómetras nos proporcionan con sus demostraciones. Pero ¿qué es un conocimiento cierto por las causas? Es lo que se llama una ciencia. La filosofía es una ciencia". J. MARITAIN, *Introducción a la filosofía*, ed. castellana (Buenos Aires 1965), pág. 82.

La índole científica de la filosofía es implícitamente negada por aquellas doctrinas que, a causa de una preocupación de racionalidad, tienden a hacer de la filosofía una pura construcción lógica, independiente de la experiencia, como es el caso de idealismo en general. Para otros –Schopenhauer, Schleiermarcher, etc.– la filosofía sería un saber místico, una especie de creencia irracional fundada en las intuiciones del corazón. En esta misma negación cayeron los fideístas y tradicionalistas, como De Bonald y Lammenais, al identificar la filosofía, no con un saber adquirido por la razón natural, sino con un conocimiento incluido en la fe y transmitido por la tradición.

Ninguna de estas tesis es sostenible, si partimos de dos postulados: por una parte, la racionalidad de la filosofía, su naturaleza de conocimiento obtenido por la razón, lo que implica la capacidad de nuestra razón de acceder a la inteligibilidad del ser. Por otra parte, esas tesis no son sostenibles, si advertimos que la filosofía conoce *lo real*, que es saber sobre la realidad, o dicho de otra manera, que implica un acceso al ser en su misma existencia. Como ha escrito Jolivet (ob. cit., pág. 13): "la filosofía está en primer lugar y esencialmente ordenada a la existencia, porque tiende a descubrir, en cada dominio del ser, las condiciones más generales o absolutas de la existencia. Las esencias que trabaja por captar y definir, en los tres grados de la abstracción que hemos de distinguir, no son para el filósofo sino un camino para llegar a hacer inteligibles las existencias, es decir, la misma realidad. Los principios y las causas para él son siempre, por definición, captadas en el plano del ser tomado en el sentido de la actualidad absoluta, en función de la cual se hace posible explicar lo que es, como esencias realmente existentes. Por eso, es justo decir

mismo, es como la unidad del saber universal. Podemos decir que la filosofía es la ciencia de las ciencias, en cuanto saber último y radical y en cuanto fundamenta las restantes ciencias.

b) El carácter científico de la filosofía ha de entenderse de modo congruente con la especificidad propia de este tipo de saber, que es distinta de las otras ciencias. La filosofía es verdadera ciencia, según las exigencias de método, de razonamiento y de acceso a la inteligibilidad de lo real, que corresponde a su estatuto epistemológico, que no es igual al de las otras ciencias. Por eso no han fructificado los intentos de construir el sistema filosófico según el modelo de una ciencia particular. Por ejemplo, Descartes se inspiró en un modelo matemático, pretendiendo deducir todos los conocimientos a partir de ideas claras y distintas, es decir, de evidencias indudables[27]. La física de Newton fue tomada como modelo por Kant[28] y de tiempos más recientes cabe señalar el intento de Husserl con su método fenomenológico[29] y el de los neopositivistas del círculo de Viena, que redujeron la filosofía al análisis lógico del lenguaje[30]. Los intentos se han multiplicado en los últimos años con nombres tan conocidos como los de Gadamer (hermenéutica existencial) y Habermas (neomarxista)[31]. Tales intentos no han prosperado ni tienen posibilidad de prosperar, porque –aparte de la crítica de fondo que merecen– reducen arbitrariamente el problema filosófico –que abarca todo el universo de

que la filosofía es, por excelencia, *la ciencia de lo real*". Cfr. E. GILSON, *El ser y los filósofos* (Pamplona 1979).

27. Vide C. CARDONA, *René Descartes: Discurso del método* (Madrid 1978). Especialmente interesante al respecto es la obra de E. GILSON, *La unidad de la experiencia filosófica*, ed. castellana (Madrid 1973).

28. Vide R. VERNEAUX, *Immanuel Kant: Crítica de la razón pura* (Madrid 1978).

29. Vide J. S. PEREIRA, ob. cit.

30. Para esta corriente, vide F. COPLESTON, *Filosofía contemporánea*, ed. castellana (Barcelona 1959); F. INCIARTE, *El reto del positivismo lógico* (Madrid 1974).

31. En el campo del derecho ha surgido la "Teoría del Derecho" o *Rechtstheorie*, que reduce la filosofía del derecho al análisis del lenguaje de los juristas. Vide, G. ROBLES, *Introducción a la Teoría del Derecho* (Madrid 1988); C. S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho* (Barcelona 1984).

lo real– a algún aspecto parcial. La filosofía es ciencia según su propia índole, no según el modelo de las otras ciencias.

6. FILOSOFÍA Y EXPERIENCIA. *a*) Como sea que la filosofía tiende a los principios supremos y últimos de lo real, tiene una tendencia a sobrepasar la experiencia, pues esos principios son metaempíricos y accesibles sólo a la razón. No han faltado ciertamente corrientes empiristas y sensistas que reducen todo conocimiento a la experiencia[32], pero si advertimos que esta reducción no es experimental sino racional –metaempírica–, pues ninguna ciencia empírica está en condiciones de proporcionar tal deducción, se debe concluir que la filosofía traspasa la experiencia[33]. Ni puede ser de otro modo, pues los principios primeros y las causas primeras son, por definición, metaempíricas, puesto que los principios y causas empíricos son los principios inmediatos y segundos, esto es, los propios de las ciencias y ya se ha dicho que la filosofía es un conocer metacientífico. Para negar esto, hay que negar la filosofía, conclusión a la que algunos autores –como Comte– han llegado; sólo que, como se ha apuntado, esa negación es ya una proposición filosófica.

b) Mas el conocimiento filosófico no está desligado de la experiencia sensible. El intento idealista de una construcción filosófica separada de la experiencia no es aceptable por lo que tiene de ruptura de la unidad de lo real. El ser es uno –la unidad es un trascendental del ser– y por lo tanto en los seres de nuestro universo la dimensión empírica y la metaempírica no constituyen dos mundos –el del espíritu y el de la naturaleza– separados y estancos, sino un solo mundo: el de lo real existente. En esa unidad, lo metaempírico está implicado en lo empírico, pues la dimensión empírica y la metaempírica son dimensiones inmanentes

32. Una exposición de estas corrientes puede verse en F. COPLESTON, *Historia de la filosofía*, ed. castellana, vols. V ss. (Barcelona 1975-78).

33. Para un primer acercamiento al tema del conocimiento humano, vide A. LLANO, *Gnoseología* (Pamplona 1984). Un desarrollo muy completo puede verse en L. POLO, *Curso de Teoría del Conocimiento*, 3 vols. (Pamplona 1987, 1985 y 1988).

de la misma realidad. A su vez, la unidad del ser humano, en cuanto cognoscente, implica la unidad del proceso natural de conocimiento desde los sentidos al intelecto, de lo sensible a lo inteligible; por eso, aun las sustancias espirituales sólo son accesibles al conocimiento humano por su huella o vestigio en la experiencia.

En suma, lo metaempírico no nos es accesible directamente, sino a través de la experiencia sensible. Nada llega a nuestro conocimiento, si no es a través de los sentidos. Por lo tanto, la filosofía parte de la experiencia sensible –del conocimiento experimental– de lo real y en ella se funda. Así, pues, la filosofía depende, hasta en sus dominios más inmateriales, de los sentidos como primeras condiciones del saber. En el principio de la filosofía hay una experiencia sensible. Por eso el principio del filosofar es la observación.

c) Pero la filosofía no se queda en la experiencia, la cual no es sino una condición del saber filosófico. Desde esa experiencia la filosofía penetra en lo metaempírico, pues en ella se halla contenida la inteligibilidad de lo real. La filosofía parte de la experiencia para captar, en esa misma experiencia, las causas y los principios que constituyen su objeto propio, el cual es inteligible y no sensible.

Obsérvese bien, la filosofía conoce, no desde fuera o con independencia de la experiencia, sino desde la experiencia. Pero en esa experiencia misma y desde el momento en que existe, están implicados datos no sensibles, o sea, lo inteligible de lo real, a saber, los esquemas más generales o categorías del mundo de los fenómenos y los primeros principios del ser, que es a lo que llega el saber filosófico. Todo el conocimiento filosófico, pues, comienza por la experiencia sensible; mas lo que la inteligencia busca encontrar a través de esa experiencia es lo inteligible. Por consiguiente, aun el más elevado objeto del saber filosófico –Dios y sus atributos–, está incluido primero en la experiencia, a título de exigencia inteligible de lo real aprehendido por los sentidos[34].

34. Cfr. R. JOLIVET, ob. cit., págs. 19 ss.

7. FILOSOFÍA ESPECULATIVA Y FILOSOFÍA PRÁCTICA. *a*) La filosofía se divide en filosofía *especulativa* y filosofía *práctica*. La primera tiene por objeto el conocimiento del ser y los principios del conocimiento. En primer lugar, la filosofía especulativa intenta mostrar la más íntima realidad de las cosas, qué son en último término los entes y cuál es su sentido, así como sus últimas causas. Se trata –como hemos dicho– de un conocimiento de los entes que va más allá del conocimiento científico. Así, por ejemplo, estudia y analiza al animal en cuanto ser y en cuanto viviente, más allá de lo que alcanzan la biología, la fisiología, etc.; si éstas –por ejemplo– llegan a la generación como causa próxima e inmediata del animal, la filosofía analiza si hay una causa superior.

Por otra parte, la filosofía especulativa estudia el conocimiento, intenta conocer el modo de conocimiento. Pertenece, pues, a la filosofía especulativa la gnoseología o teoría del conocimiento; investiga, en suma, cómo participan nuestros sentidos y nuestra razón en la obtención del saber y en qué grado se puede llamar saber a nuestro conocimiento.

Lo que distingue a la filosofía especulativa es que se termina en el puro conocer. Es pura contemplación. No se ordena, pues, a la acción –al obrar o al hacer– sino al solo saber.

b) Caracteriza a la filosofía práctica su ordenación a la acción, al obrar y al hacer. Busca los principios fundamentales que rigen la acción humana, la sabiduría en el actuar. Es la sabiduría práctica y conduce al actuar sabiamente.

La filosofía práctica –además del arte o técnica– tiene por objeto la conducta humana, no tanto como hecho describible (lo cual es propio de la ciencia empírica), cuanto como deber-ser (ética). Lo propio de la filosofía práctica consiste en que el hombre sepa actuar y vivir de modo que alcance su perfección personal, su realización como persona. Su objeto es el recto obrar y el buen vivir del hombre. Su concepto fundamental no es el de ser, como ocurre con la filosofía especulativa, sino el de bien o valor y, consecuencialmente, el de virtud. Temas centrales de la filosofía práctica son los de la libertad y de la ley, así como el del deber.

BIBLIOGRAFÍA

M. ARTIGAS, *Introducción a la filosofía* (Pamplona 1987); W. BRUGGER, *Diccionario de Filosofía*, 7ª ed. (Barcelona 1972); W. DILTHEY, *La esencia de la filosofía*, ed. castellana (Buenos Aires 1944); J. FERRATER, *Diccionario de Filosofía*, II (Madrid 1986); J. GAOS, *Orígenes de la filosofía y de su historia* (México 1960); E. GILSON, *La unidad de la experiencia filosófica*, ed. castellana (Madrid 1973); A. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *Introducción a la filosofía* (Madrid 1953); M. HEIDEGGER, *¿Qué es filosofía?*, 2ª ed. castellana (Madrid 1980); E. HUSSERL, *La filosofía como ciencia estricta*, 2ª ed. castellana (Buenos Aires 1969); K. JASPERS, *Einführung in die Philosophie* (Berlin 1962); R. JOLIVET, *Tratado de filosofía*, ed. castellana, I (Buenos Aires 1960); A. LALANDE, *Vocabulario técnico y crítico de la filosofía*, ed. castellana (Buenos Aires 1953); J. MARÍAS, *Introducción a la filosofía* (Madrid 1947); J. MARITAIN, *Ciencia y filosofía*, ed. castellana (Madrid 1958); ID., *Introducción a la filosofía*, ed. castellana (Buenos Aires 1965); A. MILLÁN PUELLES, *Fundamentos de filosofía*, 10ª ed. (Madrid 1978); ID., *Léxico filosófico* (Madrid 1984); J. PIEPER, *Defensa de la filosofía*, ed. castellana (Barcelona 1973); S. RAMÍREZ, *El concepto de filosofía* (Madrid 1954); M. SCHELER, *La esencia de la filosofía y la condición moral del conocer filosófico*, ed. castellana (Buenos Aires 1958); R. VERNEAUX, *Curso de filosofía tomista. Introducción general y Lógica*, ed. castellana (Barcelona 1968).

LECCIÓN II

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La descripción de la filosofía del derecho en los autores. 3. Descripción de la disciplina. 4. El origen del nombre y la formación de la disciplina. 5. Filosofía del derecho y ciencia del derecho natural. 6. La perspectiva formal de la filosofía del derecho. 7. Dimensión especulativa y dimensión práctica de la filosofía del derecho. 8. Función y sentido de la filosofía del derecho. 9. Filosofía del derecho y experiencia jurídica.

1. INTRODUCCIÓN. Una vez expuesto en qué consiste –en términos generales– el saber filosófico, hemos de ver ahora cuáles son los rasgos configuradores de la filosofía del derecho. Y primeramente debemos plantearnos el tema de su definición.

"Todo ensayo de definir la filosofía del derecho es una inútil pérdida de tiempo". Así escribía Bobbio en cierta ocasión[1] y no sin razón desde su punto de vista. Porque si lo que se pretende es encontrar el rasgo definitorio de lo que tiene de común todo lo que se ha escrito bajo el rótulo de filosofía del derecho –como parece sugerirlo dicho autor–, sin duda tal intento sería vano. Pues se han

1. *Nature et fonction de la philosophie du droit*, en "Archives de Philosophie du Droit", VII (1962), pág. 1.

titulado de filosofía del derecho, junto a estudios propiamente filosóficos, otros que comienzan por negar la posibilidad del conocimiento filosófico o que, perteneciendo al nivel más abstracto y general de la ciencia jurídica, como es el caso de la teoría general del derecho, no son propios del nivel filosófico[2]. Tratar de unificar bajo una definición saberes de tan diversa índole, ni reporta ninguna utilidad, ni es coherente con las reglas de una buena definición. Pero esta circunstancia, lejos de conducir a renunciar a describir la filosofía del derecho, postula lo contrario, pues en cualquier ciencia resulta fundamental su caracterización y su distinción respecto de las otras. Sólo confusiones engendra tener como de filosofía del derecho lo que pertenece a otras disciplinas.

2. LA DESCRIPCIÓN DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LOS AUTORES. *a*) Un fenómeno fácilmente observable es la renuencia de los tratadistas de filosofía jurídica a definirla. Aunque en muchos de ellos se pueden encontrar amplios comentarios y disquisiciones acerca de la disciplina y de su objeto[3], la definición

2. De Villey son estas palabras: "Nada garantiza siquiera que esos cursos y esas obras llamadas de 'Filosofía del Derecho' sean, en realidad, estudios y obras de filosofía". *Compendio de Filosofía del Derecho*, I, ed. castellana (Pamplona 1979), pág. 22. Un ejemplo de la aludida falta de claridad puede observarse en el libro de AA.VV., *Problemi di teoria del diritto*, a cura di R. Guastini (Bologna 1980), que se presenta indistintamente como un curso de teoría general del derecho o de filosofía jurídica. No es cosa sólo de nuestros días. Ya Mayer, a principios de siglo, decía del libro de J. Kohler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* (1ª ed. de 1909), que ni era un *Lehrbuch* (tratado), ni era de *Rechtsphilosophie* (filosofía del derecho), pues era de derecho comparado. Cfr. M. E. MAYER, *Filosofía del Derecho*, ed. castellana (Barcelona 1937), pág. 26.

3. Vide, por ejemplo, L. LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, 3ª ed. (Barcelona 1972), págs. 7 ss.; H. HENKEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, ed. castellana (Madrid 1968), págs. 11 ss.; M. VILLEY, ob. cit., págs. 19 ss.; E. GARCÍA MAYNEZ, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed. (México 1977), págs. 15 ss.; G. PECES-BARBA, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Madrid 1983); E. DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, 2ª ed., reimpr. (Madrid 1984), págs. 235 ss.; G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 4ª ed. castellana (Madrid 1974), págs. 23 ss.; ID., *Filosofía del Derecho*, ed. castellana (Madrid 1933), págs. 7 ss.; ID., *Rechtsphilosophie* (Stuttgart 1956), págs. 97 ss.; L. RECASENS SICHES, *Tratado general de Filosofía del Derecho*,

suele estar ausente, sin que falten quienes omiten la referencia a la propia disciplina[4].

Quizás ello sea debido a que pocas disciplinas necesitan menos de una definición que la filosofía del derecho, pues su nombre es prácticamente la descripción más elemental y al mismo tiempo más exacta de ella. Una vez descrito el saber filosófico, apenas si

8ª ed. (México 1983), págs. 1 ss.; M. REALE, *Filosofia do Direito*, 4ª ed. (São Paulo 1965), págs. 5 ss.; J. CORTS GRAU, *Curso de derecho natural*, 4ª ed. (Madrid 1970), págs. 37 ss.; R. MARCIC, *Rechtsphilosophie. Eine Einführung* (Freiburg im Breisgau 1969), págs. 39 ss.; H. RYFFEL, *Rechts- und Staat Philosophie* (Darmstadt 1969), págs. 17 ss.; P. PIOVANI, *Linee di una filosofia del diritto*, 3ª ed. (Padova 1968), págs. 7 ss.; R. PRECIADO, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 8ª ed. (México 1976), págs. 11 ss.; E. FECHNER, *Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts* (Tübingen 1956), págs. 1 ss.; W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, 5ª ed. (London 1967), págs. 3 ss.; W. SAUER, *Einführung in die Rechtsphilosophie* (Berlin 1954), págs. 1 ss.; S. COTTA, *El Derecho en la existencia humana*, ed. castellana (Pamplona 1987), págs. 13 ss.; A. FERNÁNDEZ GALIANO, *Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho*, 5ª ed. (Madrid 1986), págs. 41 ss.; J. F. LORCA NAVARRETE, *Introducción al Derecho. Fundamentos filosóficos* (Madrid 1987); N. LÓPEZ CALERA, *Filosofía del Derecho* (Granada 1985), págs. 13 ss.; L. RODRÍGUEZ-ARIAS, *Filosofía y Filosofía del Derecho* (Bogotá 1985); V. CATHREIN, *Filosofía del Derecho. El derecho natural y el positivo*, 2ª ed. castellana (Madrid 1926), págs. 11 ss.; E. PATTARO, *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia jurídica*, ed. castellana (Madrid 1980), págs. 13 ss.; H. COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, ed. castellana (Barcelona 1976), págs. 17 ss.; K. BRINKMANN, *Lehrbuch der Rechts-philosophie*, I (Bonn 1960); V. KUBES, *Grundfragen der Philosophie des Rechts* (Wien 1977); M. P. GOLDING, *Philosophy of Law* (Englewood Cliffs, N. J., 1975); TH. SCHRAMM, *Einführung in die Rechtsphilosophie* (Köln 1978); A. DE ASÍS, *Manual de Derecho Natural*, I (Granada 1963), págs. 3 ss.; F. BATTAGLIA, *Curso de Filosofía del Derecho*, ed. castellana, I (Madrid 1951), págs. 7 ss.; E. GALÁN, *Concepto y misión de la Filosofía jurídica* (Madrid 1944); J. BALLESTEROS, *Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la filosofía jurídica* (Madrid 1984); N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica* (Torino 1950); R. POUND, *Introducción a la filosofía del derecho*, ed. castellana (Buenos Aires 1972).

4. Por ejemplo, L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto* (Padova 1981); F. D'AGOSTINO, *Frammenti di filosofía del diritto* (Catania 1984); V. CASTBERG, *La philosophie du droit*, ed. francesa (Paris 1970); R. ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie* (München 1982).

nuestra disciplina necesita de mayores definiciones que su mismo nombre: es el saber filosófico acerca de la realidad jurídica, es la filosofía aplicada al derecho, es la filosofía del derecho[5]. No es extraño que esto ocurra, pues la denominación de la disciplina, consolidada en el ámbito germánico, apareció más que como un nombre o título, como la apelación genérica al nivel filosófico, o como la descripción elemental de una posible disciplina[6], o como explicación del nuevo contenido que se daba a una ciencia, el *Naturrecht* o ciencia del derecho natural, que se había convertido en la ciencia filosófica del derecho por la evolución que sufrió a partir de la filosofía crítica kantiana[7]. El nombre mismo, filosofía del derecho, es una sucinta descripción y explicación de la disciplina.

Hay saberes y ciencias cuyo nombre, siendo significativo, necesita una explicación. Tal es el caso de la filosofía. El nombre solo –amor a la sabiduría– siendo muy expresivo, no define ni describe la filosofía. Lo mismo cabe decir de otras ciencias como la economía o la fisiología. Hay, en cambio, disciplinas cuyo nombre es una breve y elemental descripción de ella; así, en una

5. Esto explica la aparente tautología en la que podría parecer que incurren algunos autores. Así escribe Del Vecchio: "Come chiaramente appare dal nome, la Filosofia del diritto è quel ramo della Filosofia che concerne al diritto". *Lezioni di filosofia del diritto*, 9ª ed. (Milano 1953), pág. 1. O bien Pizzorni: "La risposta più elementare, per non dire banale, alla domanda cosa è la *Filosofia del diritto*, è che è la *Filosofia che studia il diritto*". *Filosofia del diritto*, 2ª ed. (Roma 1982), pág. 14. Por su parte Opocher escribe: "Per quanto, infatti, sia ben facile definire questa disciplina come la filosofia che pone a suo oggetto il diritto, la tautologicità di una simile definizione appare subito evidente". Voz *Filosofia del diritto*, en "Enciclopedia del diritto", XVII, págs. 517.

6. Vide F. J. CHOPIUS, *De vera philosophia iuris* (1650); G. W. LEIBNIZ, *Nova methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae* (Francofurti 1667), en "Sämtliche Schriften und Briefe. Philosophische Schriften", I (Berlin 1971), págs. 259 ss.

7. Vide F. GONZÁLEZ VICÉN, *La filosofía del Derecho como concepto histórico*, en "Estudios de Filosofía del Derecho" (La Laguna 1979), págs. 207 ss.; F. CARPINTERO, *Naturrecht* y *Rechtsphilosophie. Los inicios del positivismo jurídico en Alemania*, en "Anuario de Filosofía del Derecho", nueva época, III (1986), págs. 343 ss.

Escuela de Arquitectura, la asignatura "Cálculo de estructuras". Otras hay, en fin, que necesitan la descripción de uno de los términos del nombre, sin que se requiera –a los efectos de comprensión de lo que es la disciplina– la explicación del resto; por ejemplo, historia de España. Importa en este caso haber definido la historia, lo cual basta para comprender qué sea la historia de España. A este tercer grupo pertenece la filosofía del derecho. Para comprenderla e identificarla es importante –decisivo– definir la filosofía identificándola, pero, una vez hecho esto, no se requiere de modo necesario e imprescindible llegar a una definición propia de la filosofía del derecho, pues la denominación es suficientemente descriptiva.

Esto pone de relieve que –a nuestro juicio, conscientes de que hay quienes piensan distintamente– la descripción de filosofía del derecho no es otra cosa que una aplicación de la descripción de la filosofía al caso concreto de la filosofía del derecho. Es la misma definición –la definición de filosofía–, poniendo como objeto particular el derecho. Así es como debe construirse a nuestro juicio la definición de la filosofía del derecho.

b) Tal es la estructura que presentan algunas definiciones de la disciplina, de entre las no abundantes que han dado los autores. Mayer, por ejemplo, tras describir la filosofía como la aspiración a conocer la realidad como totalidad homogénea, definió la filosofía del derecho como "la aspiración a lograr una representación total y unitaria del derecho"[8]. En este caso, aunque la estructura de la definición es correcta, la definición misma no parece buena, ya que la filosofía no se agota en la representación mental –conceptos e ideas–, sino que también tiene por objeto los primeros principios del ser y del conocer y, en el caso de la filosofía práctica, los de la acción. Mayer partió de un concepto demasiado angosto de la filosofía.

Más acertada puede considerarse la definición de Bender: "La filosofía del derecho es el conocimiento del derecho por sus causas

8. *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 15.

últimas y universales"[9], aplicación al derecho de la definición más clásica de la filosofía.

Por su parte, Del Vecchio afirma que la filosofía es el estudio de lo universal y, también, de los primeros principios, porque a éstos corresponde el carácter de universalidad; en consecuencia: "la filosofía del derecho –escribe– es la disciplina que define el derecho en su universalidad lógica, investiga los orígenes y los caracteres generales de su desarrollo histórico, y lo valora según el ideal de justicia tomado de la pura razón"[10]. Esta definición, aparte de estar demasiado ajustada a un sistema filosófico particular –de resonancias kantianas–, no parece responder a toda la amplitud temática de la filosofía del derecho.

c) Otros autores, en cambio, no enlazan la noción de filosofía del derecho con la definición de filosofía, aunque existe sin duda una relación implícita entre dicha noción y el sistema filosófico profesado por el autor. De entre estas definiciones de filosofía del derecho, cabe citar dos de la primitiva escuela kantiana, cuando todavía la disciplina no había recibido su actual denominación. Para Heydenreich: "es el tratado (*commentar*) sobre la determinación de la propia conciencia de cada hombre por la libertad externa, y de la identidad de esa conciencia en todos los demás"[11]. Todavía más ajustada a Kant es la descripción de Gros: "la ciencia de aquello que es determinado por la razón práctica como legislación de la libertad externa"[12]. Ambas definiciones han perdido interés al ser superada la concepción kantiana del *Naturrecht*[13].

9. *Philosophia Iuris*, 2ª ed. (Romae 1955), pág. 2.

10. *Lezioni...*, cit., pág. 4.

11. *Metapolistische Prolegomena für das naturliche Staatrecht* (Leipzig 1795), pág. 32.

12. *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts* (Tübingen 1802), § 43.

13. Estas dos definiciones se ajustan a la concepción kantiana del derecho natural, pero pueden incluirse entre las primitivas descripciones de la filosofía del derecho, porque corresponden a la época en que la ciencia del derecho natural del siglo XVIII se había convertido en filosofía jurídica.

Interesante por su autor es la descripción que da Hegel, sólo sostenible dentro de su sistema filosófico; la filosofía del derecho –una parte de la filosofía[14]– "tiene por objeto la Idea del Derecho, o sea el concepto del Derecho y su realización"[15].

También entre las definiciones más antiguas cabe citar la de Ahrens, según el cual la filosofía jurídica, que es una rama de la filosofía general: "es la ciencia que expone los principios cardinales del derecho, concebidos por la razón y fundados en la naturaleza del hombre, considerada en sí misma y en sus relaciones con el orden universal de las cosas"[16]. Noción ésta todavía muy dependiente de la antigua concepción de la filosofía del derecho como ciencia del derecho natural y de notoria inspiración krausista, que –por lo demás– resulta fácilmente criticable[17].

De claras resonancias neokantianas es la definición de Stammler: "Entendemos por Filosofía del Derecho aquellas doctrinas generales que se pueden proclamar dentro del campo jurídico con un alcance absoluto"[18]. De esta definición puede decirse, al menos, que quebranta la primera regla de una buena definición: que la definición sea más clara que lo definido, quebranto por lo demás no raro, tratándose de un autor de inspiración kantiana. Para Stammler hay, en relación a lo jurídico, dos nociones absolutas –ideas o formas puras–, la de derecho y la de justicia, por lo que la misión de la filosofía del derecho sería enseñar en qué consisten ambas; se puede decir que para Stammler la filosofía del derecho estudia el *derecho justo*. Demasiada reducción del ámbito y objeto de nuestra disciplina.

14. *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Berlin 1821), *Einleitung*, § 2.

15. Ob. cit., *Einleitung*, § 1.

16. *Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho*, 4ª ed. castellana (Madrid 1889), pág. 1.

17. No más afortunada es la descripción del también krausista, F. GINER DE LOS RÍOS, *Principios de Derecho Natural* (Madrid 1916), pág. 9: la filosofía del derecho es la ciencia que considera el derecho como permanente, esto es, en sí, prescindiendo de los cambios del mismo, que son asunto de su historia.

18. *Tratado de Filosofía del Derecho*, ed. castellana (México 1980), pág. 1.

Con un trasfondo de ideas opuestas a las kantianas, Cesarini Sforza escribe: "Se puede, pues, definir la filosofía del derecho como aquella parte de la filosofía que estudia la experiencia jurídica, en su universalidad, como acto de vida"[19]. Con universalidad el autor quiere decir todo el conjunto del fenómeno jurídico, por oposición a algunas de sus partes o aspectos; y con la expresión "acto de vida" se refiere al enlace entre derecho y vida. La definición es correcta, aunque parece que sobra la referencia a la universalidad (pues está contenida en la noción de filosofía) y la alusión al acto de vida (ya que ello es inherente a la experiencia jurídica).

Para Vanni es la ciencia de los primeros principios del derecho: "La filosofía del derecho es la ciencia que, mientras integra las ciencias jurídicas en la unidad de sus más generales principios, reúne al mismo tiempo el derecho al orden universal, en cuya relación explica su formación histórica en la sociedad humana e indaga desde el punto de vista ético sus exigencias racionales"[20]. Tal definición más oscurece que aclara lo que sea la disciplina por el uso equívoco de la palabra principio.

Filomusi Guelfi, bajo evidente influencia hegeliana, la define como "la ciencia de la suprema razón del derecho, la ciencia de la absoluta idea del derecho"[21]. Por su parte, Bartolomei, seguidor de la filosofía de los valores, entiende que la filosofía del derecho equivale a la doctrina de la justicia[22], lo cual reduce la filosofía del derecho a una de sus partes. Y en fin para López de Oñate, "la filosofía del derecho es la filosofía en cuanto estudia la experiencia jurídica en su totalidad y en su complejidad, encuadrándola en el sistema de la realidad conforme a su significado ideal"[23].

De entre los autores españoles, cabe citar la descripción de Mendizábal: "El conocimiento racional y sistemático de los sumos principios normativos que rigen la conducta moral del hombre y de las colectividades humanas, en cuanto tienden a la realización del

19. *Filosofia del diritto*, 3ª ed. (Milano 1958), pág. 3.
20. *Lezioni di filosofia del diritto*, 4ª ed. (Bologna 1920), pág. 19.
21. *Corso di filosofia del diritto*, 5ª ed. (Roma 1915), pág. 14.
22. *Lezioni di filosofia del diritto*, 6ª ed. (Napoli 1937), pág. 35.
23. *Filosofía del Derecho*, ed. castellana, I (Buenos Aires 1961), pág. 35.

bien individual con subordinación al bien social"[24]. Donde se confunde la filosofía del derecho con la ética social. Muy precisa y acertada puede considerarse la definición que resulta de estas palabras de Hurtado: "La filosofía del derecho tiene por objeto el conocimiento de la realidad jurídica en su universalidad por sus principios y causas supremas"[25]. También resulta correcta y aceptable la definición que da Sancho Izquierdo: "aquella parte de la Filosofía que investiga las últimas verdades del fenómeno jurídico"[26]. En cambio, no distingue entre filosofía del derecho y ética social la de Ruiz Giménez: "la Filosofía jurídica es el saber supremo y total, obtenido a la luz natural de la razón, sobre el orden de los actos humanos en relación al bien común o fin social"[27].

d) A la definición de la filosofía del derecho ha dedicado buena parte de un largo estudio J. M. Martínez Doral[28]. Partiendo de que la filosofía del derecho es filosofía y, por tanto, no cabe dar una definición esencial de ella, se plantea la definición descriptiva de la disciplina en tres pasos. En una primera aproximación, la filosofía del derecho podría definirse como "la pretensión de trascender la experiencia jurídica inmediata, en busca de los principios fundamentales que la justifican"[29]. En una segunda aproximación, definiéndola por las causas extrínsecas, entiende que la filosofía del derecho "es la pregunta por la realidad de lo jurídico, en el horizonte de la totalidad de lo que existe"[30]; pues la filosofía tiene por causa el espíritu, que se dirige a conocer la totalidad de lo real.

24. *Tratado de Derecho Natural*, 7ª ed., I (Madrid 1928), pág. 28. De cuanto dice parece deducirse que, para este autor, la filosofía del derecho es lo mismo que la filosofía del derecho natural.

25. Voz *Filosofía del Derecho*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica Seix", IX, pág. 805.

26. Voz *Filosofía del Derecho*, en "Gran Enciclopedia Rialp", VII, pág. 459.

27. *Introducción a la Filosofía jurídica*, 2ª ed. (Madrid 1960), pág. 190.

28. *La racionalidad práctica de la filosofía del derecho*, en "Persona y Derecho", 19 (1988), págs. 131 ss.

29. Ob. cit., pág. 195.

30. Ob. cit., pág. 207.

Por último, tras afirmar que la filosofía del derecho tiene por objeto la conducta humana bajo el prisma de la juridicidad, da como definición cuasiesencial de filosofía del derecho la siguiente: "Filosofía del derecho es la ciencia que tiene por objeto la proposición de las exigencias normativas, que regulan la convivencia externa de los hombres"[31]. Con ello pone de relieve el autor que a su entender la filosofía del derecho, si bien es especulativa por el modo de conocer, es práctica por su fin[32].

De acuerdo con la definición dada, los temas fundamentales de la disciplina resultan ser tres: el derecho (el *problema lógico*, que tiene por objeto la definición del derecho), la justicia (el *problema axiológico*, que indaga la fundamentación más radical de lo jurídico) y la teoría del saber jurídico (el *problema gnoseológico*, que trata de construir una teoría sobre el particular tipo de conocimiento que es el saber acerca del derecho)[33].

3. DESCRIPCIÓN DE LA DISCIPLINA. *a*) Entrando ya en lo que a nuestro entender puede ser una definición de filosofía del derecho, lo primero que hay que señalar es a qué tipo de definición pertenece la de nuestra disciplina. ¿Cabe una definición esencial o se trata más bien de una descripción? Pues bien, no parece que la filosofía del derecho admita una definición esencial. Como sea que la filosofía del derecho es filosofía, resulta aplicable lo que se dijo a propósito de ésta. La filosofía no admite una definición esencial por las razones expuestas en su momento, por lo cual tampoco la definición de filosofía del derecho –aplicación de la definición de filosofía al derecho como objeto de ella– puede ser de este tipo. Por lo tanto, se trata de una definición descriptiva o descripción.

31. Ob. cit., pág. 216.

32. Esta posición se entiende, si se tiene en cuenta que para Martínez Doral el derecho es norma y el nivel filosófico es el nivel supremo de la estructura del conocimiento jurídico, la cual abarca, junto a dicho nivel filosófico, el nivel científico –fenoménico y positivo– y el nivel prudencial, tres niveles autónomos, pero interdependientes. Vide J. M. MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico* (Pamplona 1963).

33. Ob. cit., págs. 216 ss.

b) De acuerdo con todo lo expuesto, se puede decir que por filosofía del derecho se entiende *el conocimiento de la realidad jurídica en sus últimas causas y en su más íntimo ser*.

La ciencia jurídica nos da a conocer la realidad jurídica tal como se encuentra positivizada y formalizada. A través de ella conocemos, pues, la realidad jurídica en sus causas próximas e inmediatas y según nos aparece de acuerdo con las fuentes positivas: legislación, jurisprudencia de los tribunales, contratos, etc. Por su propia índole, la ciencia jurídica no penetra en las últimas causas ni en la más íntima esencia de la realidad jurídica. No responde a los más altos y profundos interrogantes acerca del ser del derecho y de sus últimas causas, ni de los principios supremos del ordenamiento jurídico. Se trata, en consecuencia, de un conocimiento insuficiente y radicalmente insatisfactorio. Junto al conocimiento científico, cabe el saber filosófico de la realidad jurídica. Este conocimiento filosófico es aquel que constituye la filosofía del derecho.

c) Como saber filosófico que es, la filosofía del derecho es el conocimiento metacientífico de éste. Es un conocimiento superior y más profundo que el conocimiento científico. Si se entiende que este conocimiento metacientífico –más allá de lo fenoménico y positivo– no es posible o es de dudosa fiabilidad, como algunos sostienen aunque no acertadamente –porque esa negación es ya filosófica o metacientífica–, la conclusión coherente es negar la filosofía del derecho, pero no es aceptable atribuirle estudios y obras que no traspasan el nivel fenoménico y positivo, como son muchos trabajos de metodología, análisis del lenguaje, teoría general, etc. Para tales tipos de trabajos han nacido algunas disciplinas científicas, como la metodología jurídica[34], la teoría general del derecho (*Allgemeine Rechtslehre*)[35] y, en tiempos

34. Vide, por ejemplo, K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, ed. castellana (Barcelona 1966); A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 3 vols. (Madrid 1971-1973); J. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología jurídica* (Madrid 1988).

35. No hay una concepción unitaria de la teoría general. Sobre ella vide, por ejemplo, J. DABIN, *Teoría general del Derecho*, ed. castellana (Madrid

recientes, la teoría del derecho (*Rechtstheorie*)[36]. Otra cosa representa una ilegítima transmutación de la naturaleza de la filosofía del derecho.

4. EL ORIGEN DEL NOMBRE Y LA FORMACIÓN DE LA DISCIPLINA. *a*) El pensamiento filosófico sobre el derecho apareció con la filosofía griega, en la que encontramos ya disquisiciones sobre el derecho y la justicia –v. gr. en Platón y Aristóteles–, cuyo interés y a veces validez no ha decaído hasta hoy. También la otra gran corriente filosófica posterior de la Edad Media y parte de la Edad Moderna, la Escolástica, contiene observaciones y pensamientos sobre el derecho y la justicia, que han tenido grandes repercusiones en la filosofía del derecho. De entre los escolásticos, Tomás de Aquino presentó un sistema bastante completo de la disciplina, bien que fragmentado en distintas partes de su obra, que ha tenido seguidores hasta hoy. En este sentido, el filosofar sobre el derecho se encuentra, desde los orígenes de la filosofía, a lo largo de toda la historia de ella. Sin embargo toda esta filosofía sobre el derecho se halla dentro de obras, tratados y comentarios de diversas índole, sin que hasta el siglo XIX apareciesen tratados

1955); C. DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, 3ª ed. (Neuchâtel 1948); H. NAWIASKY, *Teoría general del Derecho*, ed. castellana (Madrid 1962); R. SORIANO, *Compendio de Teoría General del Derecho* (Barcelona 1986); R. J. VERNENGO, *Curso de teoría general del Derecho* (Buenos Aires 1972); F. CARNELUTTI, *Teoría general del Derecho*, ed. castellana (Madrid 1955); J. HAESAERT, *Théorie générale du droit* (Bruxelles 1948); P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, 2ª ed. (Paris 1951).

36. Para la teoría del derecho –bajo cuya denominación se engloban concepciones diferentes sobre ella–, vide AA.VV., *Rechtstheorie. Beiträge zur Grundlagendiskussion* (Frankfurt 1971); AA.VV., *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft*, nº monográfico del "Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie", II (1972); G. ROBLES, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit.; E. PATTARO, *Elementos para una teoría del derecho*, ed. castellana (Madrid 1985); AA.VV., *Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis* (Karlsruhe 1971); AA.VV., *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (Heidelberg 1985); K. ADOMEIT, *Rechtstheorie für Studenten* (Heidelberg-Hamburg 1979); J. FINCH, *Introducción a la teoría del derecho*, ed. castellana (Barcelona 1977); M. VAN HOECKE, *What is Legal Theory?*, ed. inglesa (Leuven 1985).

específicos bajo el rótulo de filosofía del derecho. Y aún este término no se encuentra utilizado –al menos no se conoce hoy su uso– hasta el siglo XVII, por lo demás muy esporádicamente, de modo que hasta el siglo XIX no obtiene carta de naturaleza. ¿Cómo aparece el nombre y cómo surge la filosofía del derecho como rama autónoma de la filosofía?

b) Entre los tratadistas de filosofía del derecho que han aludido a estas cuestiones –relativamente pocos– se halla extendida una especie de sentencia común, que podría resumirse así: hasta el siglo XIX el nombre clásico de la disciplina sería "ciencia del derecho natural" –*iuris naturalis scientia*– y sus cultivadores no habrían tocado otro tema que el derecho natural; sus tratados serían tratados de derecho natural: *Ius naturae* o *Naturrecht*. Con el advenimiento de la negación del derecho natural y el repudio del racionalismo –la Escuela histórica y el incipiente positivismo jurídico– esos tratados se habrían transformado en disquisiciones filosóficas sobre el derecho positivo y habrían cambiado el nombre clásico anterior de esta ciencia por el de filosofía del derecho (*Rechtsphilosophie*)[37].

Aunque hay en esa sentencia común ciertos atisbos de verdad, en conjunto no responde a los hechos históricos, pues cae en un grave error: confundir lo ocurrido desde la segunda mitad del siglo XVII hasta finales del siglo XVIII, durante el florecimiento de la Escuela moderna del Derecho Natural, con la historia anterior de más de veinte siglos. Hasta el surgimiento del iusnaturalismo moderno, propiamente hasta Pufendorf (1632-1694), no hay en sentido estricto manuales o tratados de derecho natural –aunque pueden señalarse algunos antecedentes–, ni se habló de la *scientia iuris naturalis* como de una disciplina autónoma[38]. Y por otra

37. Vide, por ejemplo, M. E. MAYER, ob. cit., págs. 26 ss.; G. DEL VECCHIO, ob. cit., págs. 5 ss. En contra, vide L. BENDER, ob. cit., págs. 2 ss.

38. Pueden consultarse los manuales y tratados de historia de la filosofía del derecho o del derecho natural. Por ejemplo, G. FASSÒ, *Historia de la filosofía del derecho*, 3 vols., ed. castellana (Madrid 1980-1981); A. TRUYOL,

parte, no estudiar otro tema que el derecho natural fue propio de los tratados de "Derecho Natural" de la Escuela moderna –cosa lógica, si eran tratados de esa disciplina–, pero no de los autores anteriores. Por ejemplo, Tomás de Aquino trató de la ley y del derecho en general, de la ley y el derecho naturales y de la ley y el derecho positivos; ni el tratado de la ley natural ni el del derecho natural ocupan especial espacio o particular atención en sus obras, que, por lo demás, no son de filosofía, sino de teología; y desde la óptica de la teología moral –no de la *iuris naturalis scientia*– trató de cuestiones particulares del derecho y de la justicia. Lo mismo cabe decir de los tratados *de iustitia et iure* o *de legibus* de la Escolástica española, lo más parecido a lo que luego serían los tratados de filosofía del derecho; todos estos autores tratan equilibradamente de la noción de derecho y de ley, del derecho natural y del derecho positivo, es decir, hicieron filosofía del derecho; las cuestiones particulares del derecho y la justicia los trataron según la teología moral.

Para la época anterior al iusnaturalismo moderno, no cabe hablar de una disciplina llamada "Derecho Natural", ni a lo que los autores hicieron se le puede denominar "ciencia del derecho natural". Hicieron filosofía jurídica, sin que aparezca el nombre de filosofía del derecho hasta el siglo XVII y sin que se constituyese una disciplina autónoma.

c) Mucho más fundada en las fuentes es la opinión sustentada por González Vicén[39], sin dejar de caer en alguno de los tópicos de la sentencia común que se acaba de exponer[40]. Para este autor,

Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, 2 vols. (Madrid 1982); J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural* (Pamplona 1987).

Como precedentes de la denominación pueden señalarse las obras de J. Oldendorp (*Iuris naturalis, gentium et civilis isagoge*, 1539), N. Hemming (*De lege naturae apodictica methodus*, 1562) y J. Selden (*De iure naturale et gentium iuxta disciplinam Ebraeorum*, 1640). Se ha hablado también de un manuscrito de Vázquez de Menchaca (s. XVI) titulado *De vero iure naturali*, perdido y nunca publicado.

39. *La filosofía del Derecho como concepto histórico*, cit.

40. Por ejemplo, atribuir a la concepción clásica del derecho natural rasgos de la teoría del derecho natural propia del iusnaturalismo moderno. Vgr.: "El

la filosofía del derecho sería un concepto histórico, esto es, no válido para toda la historia del filosofar sobre el derecho, sino tan solo para aquellas direcciones de la filosofía jurídica, sustentadas en una concepción histórica y positivista del derecho, frente a la dirección iusnaturalista fundada en la metafísica. De todo lo cual se deduce que habría que distinguir entre la ciencia del derecho natural y la filosofía del derecho; en este sentido, la historia de la filosofía del derecho comenzaría propiamente a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX y abarcaría sólo las concepciones positivistas, quedando fuera las iusnaturalistas. Una concepción tan restringida de la filosofía del derecho apenas ha tenido resonancia[41] y es común comenzar la historia de la disciplina con los filósofos griegos. Pero lo principal es que la tesis central de este autor no encuentra sólido respaldo en las pruebas históricas que él presenta para sustentarla, como ha demostrado Carpintero[42]. Si entendemos por filosofía del derecho el filosofar sobre la realidad jurídica, tal actividad la encontramos a todo lo largo de la historia.

d) Los primeros tratados que recibieron el nombre de filosofía del derecho aparecieron, entre el ocaso del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX, en el ámbito universitario y científico de lengua alemana, que es donde antes se extendieron y se desarrollaron la filosofía trascendental o crítica de Kant, los primeros brotes de positivismo y la Escuela histórica, causas de la nueva denominación. Pero pueden señalarse algunos antecedentes. A mediados del siglo XVII apareció la obra latina de F. J. Chopius,

Derecho natural inmutable, situado por encima o más allá de la historia, es, en realidad, el único Derecho". Atribuir esta idea a Aristóteles, los juristas romanos, Tomás de Aquino o a la Escolástica española es un error, que no resiste la más mínima confrontación con los textos. Sin embargo, cosas así –sólo posibles por desconocimiento directo de los iusnaturalistas clásicos– se repiten con insistencia digna de mejor causa entre los críticos modernos del derecho natural. En cuanto a que el derecho natural sea el "único derecho" no es atribuible ni al iusnaturalismo moderno.

41. Se hacen eco de la tesis de González Vicén, en diferente grado, L. LEGAZ, ob. cit., pág. 28; E. DÍAZ, ob. cit., págs. 260 ss. y 286.

42. *Naturrechts y Rechtsphilosophie*, cit.

que llevaba por título *De la verdadera filosofía del derecho*[43] y la expresión *philosophia iuris* aparece en Gebhard[44] y Schilter[45].

También en el siglo XVII habló de filosofía del derecho (*philosophia Iuris*) Leibniz, como una disciplina a enseñar en la docencia del derecho o jurisprudencia[46]. Queda claro que es asignatura distinta de la del *Ius Naturale*[47], pero resulta menos obvio cuál sea su contenido, aunque parece que se refiere a nociones, principios y otros elementos filosóficos involucrados en la ciencia del derecho o jurisprudencia y convenientes para la formación de los juristas (ética legal, metafísica del derecho, lógica, dialéctica, física, etc.)[48].

e) El término "filosofía del derecho" –en alemán *Philosophie des Rechts* o más usualmente *Rechtsphilosophie*– obedeció a un cambio de orientación doctrinal de la disciplina "Derecho Natural" –*Ius Naturae* o *Naturrecht*–, y, por lo tanto, de sus manuales y tratados, operada en Alemania a partir de fines del siglo XVIII. Fue una evolución terminológica que tuvo lugar en habla alemana –que por esa época sustituyó definitivamente al latín como lengua

43. *De vera philosophia iuris* (1650). Según algunos autores la expresión *philosophia iuris* habría sido usada por Cicerón, aunque no señalan dónde. No hay rastros de tal uso en los acreditados vocabularios de Merguet. Cfr. H. MERGUET, *Lexikon zu den philosophischen Schriften Cicero's*, voces *ius* y *philosophia*; y las mismas voces del *Lexikon zu den Reden des Cicero*.

44. En su *Tractatus philosophico iuridico*.

45. En su obra *Praxis analiticae*.

46. *Nova methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae*, cit., pág. 364. También en las anotaciones para la segunda edición de esta obra habla de que: "Philologia et philosophia Legum illustretur ex autoribus principiorum juris, exemplis ubique adhibitis" (ed. cit., II, pág. 32). En la *philologia Juris* –a la que remite su mención de la *philosophia Juris*– integra: la gramática, la didáctica, la retórica, la historia, la ética y la política legales, la lógica, la metafísica del derecho y la física legal (*Nova methodus*..., ed. cit., pág. 324 ss.). Asimismo escribe en loc. ult. cit., pág. 329: "Philologiam ac Philosophiam Legum absolvimus tamquam Interpretationis praeliminaria".

47. La *Philosophia Iuris* aparece con el número 11 y los *Juris Naturalis Elementa demonstrative tradita* con el número 24.

48. Cfr. su obra *Specimen quaestionum philosophicarum ex Jure collectarum* (Leipzig 1664), ed. cit., I, págs. 73 ss.

universitaria o culta en dicha nación–, al calor de importantes cambios de pensamiento filosófico. Yendo al punto clave, lo que ocurrió fue el advenimiento y generalización de la tesis que negaba que el derecho natural fuese verdadero derecho, bien admitiendo que el derecho natural es otra cosa (kantianos), bien negando pura y simplemente –también contra la postura kantiana– que existía el derecho natural (Hugo, Klein, Stephani, Thibaut y la Escuela histórica). Cambiado sustancialmente el sustrato filosófico –y con él el modo de entender la disciplina– los profesores y tratadistas de la asignatura universitaria "Derecho Natural" buscaron de diversas formas mostrar la nueva orientación de la disciplina, mediante subtítulos y finalmente cambiando la denominación, tanto de los cursos que daban como de los tratados y manuales, terminando por imponerse el nombre de "filosofía del derecho"[49]. Para entender el cambio operado es conveniente referirse a la situación anterior.

f) Uno de los principales rasgos de la teoría clásica del derecho natural –la que va de Aristóteles, los juristas romanos y Tomás de Aquino hasta la Escuela española del Derecho natural, con continuadores hasta nuestros días– es la de tener el derecho natural como una parte del derecho vigente: verdadero derecho, pues, y un tipo o clase de derecho. Como parte del derecho vigente, el estudio de sus principios y reglas correspondió a los juristas –a la ciencia del derecho– y, por ello, aparecía mezclado con el derecho positivo en las obras de éstos[50]. Asimismo los

49. De ahí nace el error de los autores aludidos, que afirman que antes de la aparición del término filosofía del derecho la disciplina se llamó siempre derecho natural y tenía el derecho natural como tema. Eso es cierto para la Alemania de la segunda mitad del siglo XVII y del siglo XVIII, cuyas Universidades contaban con cátedras de "Derecho Natural", cubiertas por profesores imbuidos del iusnaturalismo moderno (Escuela moderna del Derecho Natural). Pero se trata de una concreta situación histórica, que en parte se dio en otros países europeos, no extendible a las épocas anteriores.

50. Para certificarse de esto –que es hecho conocido– basta recorrer la compilación justinianea y las obras de los glosadores, de los comentadores, de los juristas del humanismo jurídico y de los juristas posteriores hasta fines del s. XVII. Y de los canonistas, desde los orígenes gracianeos hasta nuestros días.

moralistas estaban interesados en el derecho natural, que también aparece en sus obras mezclado con datos bíblicos y de derecho positivo.

A partir del siglo XVI, con el humanismo jurídico y por causa de las condiciones sociales y políticas de la época, aumentó el interés por el derecho natural, en el que se creyó encontrar, por una parte, el sistema de relaciones con los pueblos no cristianos (principalmente las Indias) y, por otra, la solución para superar las guerras de religión. Nacieron así obras jurídicas en las que el derecho natural adquirió gran relevancia. Tal es el caso del español Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569)[51] y del holandés Hugo Grocio (1583-1654), quien, además inauguró la concepción inmanentista del derecho natural[52]. Las obras de estos autores fueron obras de jurisprudencia, al estilo del humanismo jurídico[53] –sin ser manuales de derecho natural–, en las que el *ius naturale* siguió siendo entendido como verdadero derecho.

La situación cambió en parte con la aparición del llamado "iusnaturalismo" o iusnaturalismo moderno, también conocido como Escuela moderna del Derecho Natural. De un lado, los filósofos y pensadores políticos (Hobbes, Locke, Spinoza, etc.) trataron del derecho natural y lo utilizaron para sus construcciones filosófico-políticas. De otro, a partir de 1661 en Heidelberg, se crearon cátedras universitarias de "Derecho Natural", con la consiguiente producción –abundante– de tratados y manuales *de iure naturae et gentium*, que ocuparon parte del siglo XVII y todo

Al respecto puede verse J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, cit., págs. 74 ss., 111 ss., 119 ss., 185 ss., 196 ss., 278 s., 294 s. y 327.

51. Vide, sobre este autor, F. CARPINTERO, *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca* (Salamanca 1977).

52. Para un primer acercamiento al pensamiento de este autor puede verse J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, cit., págs. 262 ss.; ID., *Lo nuevo y lo viejo en la hipótesis "etiamsi daremus" de Grocio*, en "Escritos de Derecho Natural" (Pamplona 1986), págs. 399 ss.

53. Cfr. F. CARPINTERO, *"Mos italicus", "mos gallicus" y el Humanismo renacentista. Una contribución a la metodología jurídica*, en "Ius Commune", VI (1977), págs. 108 ss.

el siglo XVIII. Pero, ¿qué era ese derecho natural y quiénes eran los iusnaturalistas?

Algunos de esos iusnaturalistas eran juristas (p.e. Heineccio), otros eran filósofos (v. gr. Wolff). A la disciplina se le dio con cierta frecuencia el clásico nombre de la ciencia del derecho, jurisprudencia, y se habló de *jurisprudentia divina* o *jurisprudentia naturalis*, mas ¿era la *iuris naturalis scientia* verdadera jurisprudencia o ciencia del derecho? Lo fue en los autores anteriores, desde los juristas romanos, que construyeron un derecho natural alegable ante los Tribunales y factor de interpretación del derecho y de la búsqueda de la solución justa o de derecho; se ve continuamente en la compilación justinianea, en la obra de los juristas europeos y en la práctica de los Tribunales. Eso no es precisamente lo que hicieron los iusnaturalistas modernos. Su tarea no consistió propiamente en determinar el derecho natural en cuanto alegable ante los Tribunales de su tiempo y utilizable en las soluciones de derecho para la práctica jurídica. Lo que buscaron fue un *sistema de derecho* conforme con la razón, deducido de ella, que en no pocos tenía vocación reformista respecto del derecho establecido. Surgió así la idea –ajena a la época anterior– de la existencia de *dos sistemas jurídicos*: el natural y el positivo. Para las coordenadas del siglo XVIII, esto suponía un derecho racional, obtenido por las luces de la razón[54], opuesto en cierta medida al derecho tradicional. Era implícitamente una tendencia *revolucionaria*, que en política condujo a la caída del Antiguo Régimen y en derecho a las importantes innovaciones del período de la Codificación.

g) El sistema de derecho natural moderno se entendió deducido por la razón, a partir de la naturaleza del hombre: ley natural, derechos y deberes naturales se deducían racionalmente, partiendo de los principios supremos inherentes al rasgo fundamental de la naturaleza humana, que según cada escuela o autor constituía la

54. Por eso el derecho natural se llamó también derecho racional o de la razón, lo cual se manifestó incluso en el título de algunas obras, como, por ejemplo, la de A. F. GLAFEY, *Vollständige Geschichte des Rechts der Vernunft* (Leipzig 1739, reprod. Aalen 1965).

base del sistema: la socialidad, la debilidad del hombre en el estado natural, la libertad natural. De los tres cabezas de escuela –Pufendorf, Thomasio y Wolff– fue éste último quien llevó al máximo el racionalismo que, en uno u otro grado, es común a ellos. Para Wolff el sistema de derecho natural era un conjunto de reglas lógicas, deducidas –con exclusión de todo elemento inductivo o empírico– por una continua serie de raciocinios. En esta concepción wolffiana se formó Kant, quien utilizó como manual de explicaciones universitarias el libro de Achenwall, discípulo de Wolff.

Que este derecho natural se entendía como realmente existente y, por lo tanto, vigente no ofrece duda. Mas tal sistema, ¿era entendido como genuino derecho?; y la operación racional deductiva, ¿era apreciada como verdadera y genuina jurisprudencia? Tales preguntas no aparecen formuladas con esa claridad en los autores, pero implícitamente –y en ciertos aspectos de modo explícito– le dieron respuesta. Hay autores para quienes la respuesta afirmativa parece encontrarse en el modo como tratan el derecho natural. Pero no debe olvidarse que dos de los mayores representantes del iusnaturalismo moderno, Hobbes y Thomasio, dieron una respuesta negativa: la ley natural no es derecho, sino moral[55]. Y con ellos otros muchos autores[56]. Correlativamente, la *scientia iuris naturalis* no se entendía como jurisprudencia, sino como filosofía moral.

h) La definitiva conversión de la *jurisprudentia naturalis* en filosofía fue debida a Kant. En 1783, cuando aún el filósofo alemán no había publicado los escritos donde desarrolló sus tesis sobre el derecho, un autor conocedor de la filosofía trascendental o crítica, I.A.H. Ulrich, publicó un manual de derecho natural, con

55. Cfr. J. HERVADA, *Historia...*, cit., págs. 275 ss. y 285.

56. Por ahí se ve con cuanta cautela hay que acoger las afirmaciones de los críticos del derecho natural, como la atribución al iusnaturalismo moderno de la idea de que el derecho natural, no sólo es derecho, sino "el" derecho, con menosprecio y casi olvido del derecho positivo: el derecho natural sería el único verdadero derecho. Ni tal afirmación se encuentra en los autores, ni deja de ser verdad justo lo contrario en Hobbes, Thomasio y sus discípulos.

el expresivo título de "filosofía de lo justo o del derecho natural social y de gentes" donde escribía que el derecho natural es filosofía[57].

¿Cómo se produjo esa conversión? Hemos visto que Wolff –autor de cuya filosofía partió Kant y que abandonó al despertar de su "sueño dogmático"– había entendido el derecho natural como un sistema de deducciones lógicas, obtenidas por raciocinio, excluido todo elemento empírico. Pues bien, en la filosofía crítica de Kant tal tipo de elementos racionales eran interpretados como formas puras *a priori* de la razón práctica, vacías de toda procedencia empírica: las reglas de derecho natural fueron sustituidas por los principios *a priori*. El derecho natural ya no era entendido como derecho, sino como formas y principios *a priori* del derecho; el sistema de reglas y derechos naturales debía ser sustituido por el estudio de dichas formas y principios: la idea de derecho, la idea de justicia y los principios *a priori* de la legislación. Correlativamente, el conocimiento del derecho natural así entendido no es jurisprudencia, sino filosofía.

El derecho natural quedó completamente transmutado. De momento, en Kant y en la escuela kantiana primitiva, la terminología se conservó, pero ni el derecho natural se entendía como hasta entonces, ni la disciplina podía conservar su contenido. Por consiguiente, el "Derecho Natural" o *Naturrecht* era, en realidad, una asignatura nueva.

A esto hay que añadir que los destellos de positivismo que se encuentran en Hobbes y en Thomasio, germinaron en la negación del derecho natural –no aceptado ni siquiera bajo la forma trasmutada de la filosofía kantiana– en una serie de autores, de los cuales el primero fue Hugo. ¿Qué podía ser el *Naturrecht* bajo esa perspectiva positivista? La respuesta coincidió en esto con la kantiana: filosofía del derecho. Y como se entendía que no hay más derecho que el derecho positivo, la filosofía del derecho debía ser filosofía del derecho positivo, *Philosophie des positiven*

57. *Initia philosophiae iusti seu Iuris Naturae Socialis et Gentium* (Ienae 1783), pág. 5: "*Ius Naturae* non ex voluntariis hominum institutis limitem moralem externum Coactionis metitur, sed est *philosophia de limite morali externo vis et coactionis*".

Rechts; así llamó Hugo a su tratado de derecho natural[58], aparecido en 1799. Años después utilizó una expresión similar A. F. J. Thibaut: filosofía de la ley positiva[59]. Tal denominación no tuvo éxito, por resultar entonces obsoleto en lengua alemana hablar de derecho positivo.

Así pues, para kantianos y positivistas –también para los autores de la Escuela histórica– el *Naturrecht* era filosofía sobre el derecho. Por eso, añadieron al título de *Naturrecht*, que seguían conservando sus cursos universitarios y manuales, algún adjetivo o un subtítulo, que mostrase la nueva orientación. Entre éstos[60],

58. *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts* (Berlín 1799).

59. *Ueber den Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze*, en "Versuche über einzelne Theile des Theorie des Rechts" (Jena 1817). Cit. por F. CARPINTERO, *Naturrecht* y *Rechtsphilosophie*, cit., pág. 355.

60. En unos casos, se complementó el título de "Derecho Natural" con fórmulas que indicaban la nueva orientación. Así: "Derecho Natural científico" (CH. G. SHAUMANN, *Wissenschaftliches Naturrecht*, Halle 1792), "Derecho Natural deducido del concepto de derecho" (L. CHR. HOFBAUER, *Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt*, Halle 1793); "Derecho Natural según principios críticos" (K. H. HEYDENREICH, *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien*, Leipzig 1794); "Derecho Natural puro" (TH. A. H. SCHMALZ, *Das reine Naturrecht*, Königsberg 1795, reprod. Aalen 1969). No faltó la denominación "Derecho de la razón" (C. VON ROTTECK, *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, 4 vols., Stuttgart 1840, reprod. Aalen 1964).

Fue más frecuente la búsqueda de una nueva denominación para la disciplina. Kant usó la expresión "teoría del derecho" (*Rechtslehre*), que alguno recogió (G. C. W. DEDEKIND, *Grundlinien der Rechtslehre*, Hildesheim 1798; L. BENAVID, *Versuch einer Rechtslehre*, Berlin 1802), pero prevalecieron otras denominaciones. Así: "ciencia fundamental del derecho" (FR. CHR. WEISE, *Die Grundwissenschaft des Rechts*, Mannheim 1804); "teoría filosófica del derecho" (J. FRIES, *Philosophische Rechtslehre und kritik aller positiven Gesetzgebung*, Jena 1803; A. WENDT, *Grundzüge der philosophischen Rechtslehre*; W. T. KRUG, *Dikäologie oder philosophische Rechtslehre*, Königsberg 1817; L. H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, Halle 1795; FR. BOUTERWECK, *Abriss der philosophischen Rechtslehre*, Göttingen 1798); "ciencia natural del derecho" (E. F. KLEIN, *Grundzätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben*, Halle 1797; A. THOMAS,

dos terminaron por imponerse: *Philosophie des Rechts* y *Rechtsphilosophie*; ambos significan lo mismo: filosofía del derecho o filosofía jurídica.

La expresión *Philosophie des Rechts*, sin alusión al *Naturrecht*, apareció en 1793 en un documento oficial[61] y en 1800 ya en el título de una obra, *Aphorismen zur Philosophie des Rechts* de W. T. Krug, editada en Jena. También fue usada por Stahl[62], por Hegel[63] y por algunos autores más[64], pero cayó en desuso, no sin

Lehrbuch der natürlichen Rechtswissenschaft, Leipzig 1803; W. T. KRUG, *Naturrechtliche Abhandlungen oder Beiträge zur natürlichen Rechtswissenschaft*, Leipzig 1811); "ciencia del derecho" (H. STEPHANI, *Grundlinien der Rechtswissenschaft oder des sogenannten Naturrechts*, Erlangen 1797; H. R. STÖCKHARDT, *Die Wissenschaft des Rechts und des Naturrechts*, Leipzig 1825; H. E. SIGWART, *Die Wissenschaft des Rechts*, Tübigen 1828); G. N. SCHNABEL, *Die Wissenschaft des Rechts (Naturrecht)*, Wien 1842); "teoría general del derecho" (G. L. REINER, *Allgemeine Rechtslehre nach Kant*, Landshut 1801); "ciencia filosófica del derecho" (J. A. BRÜCKNER, *Essay sur la nature et l'origine des droits, ou Déduction des principes de la science philosophique du Droit*, Leipsic 1810; K. H. GROS, *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts*, Tübingen 1802); "fundamentos filosóficos del ideal de derecho" (K. CHR. F. KRAUSE, *Grundlage des Naturrechts oder philosophischer Grundriss des Ideals des Rechts*, Jena 1803); "teoría pura del derecho" (G. E. A. MEHMEL, *Die reine Rechtslehre*, Erlangen 1815); y "metafísica del derecho" (E. F. W. GERSTÄCKER, *Metaphysik des Rechts*, Leipzig 1802; G. S. A. *Grundlegung zur Metaphysik der Rechte oder der positiven Gesetzgebund*, Züllichau 1796).

61. En una carta del Gran Canciller von Cramer al Ministro de Justicia de Prusia von Danckelmann, de 8 de noviembre de dicho año. Cit. por F. GONZÁLEZ VICÉN, ob. cit., págs. 247 s.

62. *Die Philosophie des Rechts* (Tübingen 1830).

63. *Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundisse. Zum Gebrauch für seine Vorlesungen. Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Berlin 1821). Hegel es una muestra de la falta de fijeza de la terminología, pues además de la denominación citada usa otras dos en el curso de su obra: ciencia filosófica del derecho (*die philosophische Rechtswissenschaft*) y ciencia del derecho (*die Rechtswissenschaft*); cfr. *Einleitung*, §§ 1 y 2. Lo mismo ocurre con Schmalz y otros autores.

64. Por ejemplo, CHR. WEISS, *Lehrbuch der Philosophie des Rechts* (Leipzig 1804); K. CHR. F. KRAUSE, *Vorlesungen über Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates* (Leipzig 1826); H. AHRENS, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts*, 2 vols. (Wien 1850, 6ª ed., Wien

alguna excepción moderna[65]. El término que prevaleció fue *Rechtsphilosophie*; utilizado por Schmalz, Droste-Hülshoff, Baumbach, Warnkönig, Michelet, Knapp, Lasson, Bergbhom[66] y otros, terminó por generalizarse. De Alemania pasó al resto de los países la denominación correspondiente a cada lengua[67]; en España: filosofía del derecho.

i) Como hemos dicho, con la denominación cambió el contenido; fue precisamente el cambio de contenido lo que provocó el cambio del nombre. Ese contenido varía según el sistema filosófico que es punto de partida de cada autor. Pero frecuentemente –aunque con matices diferentes– el contenido de la filosofía del derecho suele entenderse como integrado por las siguientes cuestiones: concepto o idea de derecho (*problema ontológico*), principios de valoración o que deben informar la legislación en razón de la justicia (*problema ético*) y conocimiento jurídico (*problema gnoseológico*). Con todo, hay quienes extienden este contenido y quienes lo reducen.

1870, reprod. Aalen 1968) (también utiliza Ahrens el término *Rechtsphilosophie*, tanto en el subtítulo del vol. 1, como a lo largo de la obra); más tardío es J. BINDER, *Philosophie des Rechts* (Berlin 1925, reprod. Aalen 1967), quien asimismo usó el vocablo *Rechtsphilosophie* a lo largo del libro (véase, por ejemplo, pág. 1).

65. V. gr., la obra citada de V. KUBES, *Grundfragen der Philosophie des Rechts*, publicada en 1977.

66. TH. A. H. SCHMALZ, *Handbuch der Rechtsphilosophie* (Halle 1807); C. A. DROSTE-HÜLSHOFF, *Lehrbuch des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie* (Bonn 1823); C. J. A. BAUMBACH, *Einleitung in das Naturrecht als eine volksthümliche Rechtsphilosophie besonders für Deutschlands bürgerliches Recht* (Leipzig 1823); L. A. WARNKÖNIG, *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts* (Freiburg im Bresgau 1839); C. L. MICHELET, *Des Vernunfrechts*. II. *Naturrecht oder Rechts-Philosophie als die praktische Philosophie*, 2 vols. (Berlin 1866); L. KNAPP, *System der Rechtsphilosophie* (Erlangen 1857); A. LASSON, *System der Rechtsphilosophie* (Berlin 1882); K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (Leipzig 1892, reprod. Glashütten im Taunus 1973).

67. Algunos detalles históricos de esta generalización pueden verse en F. GONZÁLEZ VICÉN, ob. cit., pág. 252.

5. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y CIENCIA DEL DERECHO NATURAL. *a*) El paso de la *iuris naturalis scientia* –o ciencia del derecho natural– a la filosofía del derecho se debió, según se ha visto, a la negación del derecho natural como verdadero derecho vigente, sustituido por las formas y principios *a priori* del derecho –con lo cual quedaba claro que sólo se entendía como derecho vigente el derecho positivo–, o por otro tipo de disquisiciones filosóficas sobre el derecho (el derecho positivo). El kantismo, el positivismo incipiente y la Escuela histórica produjeron un rápido y brusco final del iusnaturalismo moderno. Pero no terminaron con la corriente escolástica, que en el siglo XIX conoció un importante resurgimiento –el neoescolasticismo– hasta nuestros días, ni con la afirmación del derecho natural sustentada por muchos autores de distintas corrientes. Si desaparecieron totalmente los tratados de derecho natural de corte racionalista, surgieron otros de diversas corrientes –aunque particularmente de la neoescolástica–, en unos casos por razones doctrinales y científicas y en otros, además, por necesidades docentes, como es el caso de España, donde durante el último siglo y medio las Facultades de Derecho han contado en distintas épocas con una cátedra de "Derecho Natural" o similar, junto a otra de "Filosofía del Derecho", aunque con diversos avatares.

¿Qué ha sido y qué es esa *iuris naturalis scientia* y cómo se ha entendido su relación con la filosofía del derecho? Ya hemos visto qué ocurrió con el iusnaturalismo moderno; veamos lo ocurrido posteriormente.

b) En las más antiguas exposiciones de la ciencia del derecho natural del siglo XIX, bien sea de modo expreso, bien sea implícitamente, la *iuris naturalis scientia* fue entendida como sinónima de ética o filosofía moral, sin referencia a la filosofía del derecho. Son tratados de ética, aunque a veces hagan especial hincapié en la ética social[68]. Esto no representa ninguna novedad,

68. Vide TH. MEYER, *Institutiones Juris Naturalis seu Philosophiae Moralis Universae*, I (Friburgi Brisgoviae 1885); A. M. BENSA, *Juris Naturalis Universi Summa* (*Juris Naturalis seu Philosophiae Moralis Summa*), I (Parisiis 1855); L. TAPARELLI, *Ensayo teórico de Derecho Natural apoyado*

pues muchos tratados de los iusnaturalistas modernos eran tales y no pocos de aquellos compuestos por autores kantianos lo eran equivalentemente. La diferencia estriba en que los tratados de referencia son de signo neoescolástico.

c) En otros autores, la ciencia del derecho natural aparece más bien como ciencia jurídica[69], expresamente en alguno, implícitamente en otros[70]. Estos tratadistas tampoco se refieren a la filosofía del derecho.

d) Asimismo ha habido quienes han considerado la ciencia del derecho natural como ética social y, a la vez, filosofía del derecho, pues a su juicio esta última es una parte de dicha ética. Tal es el caso de Messner, en su acreditado tratado *Das Naturrecht*, que comprende la ética de la sociedad, del Estado y económica[71].

e) Un núcleo de autores ha entendido que ciencia del derecho natural y filosofía del derecho son dos denominaciones posibles de la misma disciplina. Esta posición se encuentra en autores del siglo

en los hechos, 2ª ed. castellana, I (Madrid 1884); TH. JOUFFROY, *Cours de Droit Naturel*, 4ª ed., I (Paris 1866); A. VALENSIN, *Traité de Droit Naturel*, I (Paris 1922).

69. Vide G. AUDISIO, *Iuris Naturae et Gentium privati et pubblici Fundamenta* (Beneventi 1854); T. ROTHE, *Traité de droit naturel théorique et appliqué*, I (Paris 1885); J. LECLERCQ, *Leçons de droit naturel*, I, *Le fondement du droit et de la société*, 3ª ed. (Namur 1948).

70. El más claro es Leclercq, que distingue entre la moral social y el derecho natural. Este último es "la science juridique des principes naturels qui servent de fondement à ce qu'on apelle d'habitud *le droit*, et qui, en opposition au droit naturel, doit être dénommé droit positif". Ob. cit., pág. 49.

71. *Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik*, 4ª ed. (Innsbruck 1960). Hay versión castellana: *Etica social, política y económica a la luz del derecho natural* (Madrid 1967), cfr. págs. 13 y 241.

XIX o principios de este siglo[72] y en tratadistas más cercanos a nosotros[73].

f) Entre los iusnaturalistas más recientes prevalece la tesis de que la ciencia del derecho natural no es otra cosa que una parte de la filosofía del derecho: aquella que se ocupa de la teoría del derecho natural y del estudio de los derechos naturales[74], sin que falte, de entre ellos, quien la tenga por la metafísica del derecho[75].

g) A nuestro juicio, la ciencia del derecho natural y la filosofía del derecho deben considerarse disciplinas de diversa naturaleza y por lo tanto como dos ciencias diferentes[76]. Es cierto que la filosofía del derecho ha de tratar del tema del derecho natural, pero ha de tratar de él filosóficamente, según su propio estatuto epistemológico. Y no vemos razón suficiente para que ese tratamiento del derecho natural por la filosofía del derecho haya de considerarse disciplina autónoma, ni para que reciba un nombre especial.

En cambio, como sea que el derecho natural es una parte del derecho vigente, cabe una especialidad de la ciencia jurídica, cuyo

72. Vide J. PRISCO, *Filosofía del derecho fundada en la ética*, 2ª ed. castellana (Madrid 1886), pág. 88 (la definición de filosofía del derecho que da en la pág. 87 coincide con la definición de ciencia del derecho natural); J. M. ORTI LARA, *Introducción al estudio del derecho y principios de derecho natural* (Madrid 1874), págs. 24 ss.; L. MENDIZÁBAL, *Tratado de Derecho Natural*, 7ª ed., I (Madrid 1928), pág. 27. Para este último autor, la coincidencia es aproximada.

73. Vide J. CORTS GRAU, *Curso de Derecho Natural*, cit.; A. DE ASÍS, *Manual de Derecho Natural*, I (Granada 1963), págs. 3 ss.

74. Vide J. RUIZ GIMÉNEZ, *Introducción a la Filosofía jurídica*, cit., pág. 169; E. GALÁN, *Concepto y misión de la Filosofía jurídica*, cit., pág. 132; A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *Derecho Natural*, cit., pág. 60; P. BELDA, *Derecho Natural* (Madrid 1974), pág. 6; J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Lecciones de Derecho Natural como Introducción al Derecho*, 2ª ed. (Madrid 1985), pág. 7.

75. F. PUY, *Lecciones de Derecho Natural*, I, *Introducción a la ciencia del derecho natural* (Barcelona 1974), págs. 63 ss.

76. Cfr. J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, 6ª ed. (Pamplona 1990), págs. 189 ss.

objeto sea el estudio del derecho natural y el sistema de derechos naturales en cuanto derecho vivo: la ciencia del derecho natural. Aquí el estudio del derecho natural y de los derechos naturales no ha de hacerse a nivel filosófico, sino a nivel de ciencia jurídica: un estudio del derecho natural como derecho vigente, hecho por juristas, según el método jurídico. Es preciso, pues, distinguir entre el estudio científico del derecho natural y el estudio filosófico del mismo. Este segundo corresponde a la filosofía del derecho, mientras que el primero es propio de la ciencia del derecho natural. Eso es lo que en sus orígenes pretendió ser la ciencia del derecho natural, aunque pronto se desenvolvió –desviadamente– a modo de la ética.

Llamar ciencia del derecho natural a la filosofía del derecho, como si fuesen la misma disciplina, resulta de una doble confusión. Por una parte, proviene de una adulteración de la ciencia del derecho natural, confundida con la filosofía moral, como ya ocurrió en tiempos del iusnaturalismo moderno. Por otro lado, proviene de confundir la materia de la ciencia del derecho natural, con la propia de la filosofía jurídica, como sucedió a principios del siglo XIX. Respecto de la filosofía del derecho, el derecho natural es tan sólo un tópico o lugar de ella, la cual tiene un objeto más amplio, pues estudia el derecho, el derecho natural y el derecho positivo, además de otros temas, como la justicia, la gnoseología jurídica y los principios de la legislación. El derecho natural no es el único tema de la filosofía del derecho, sino uno de ellos. En cambio, toda esta temática de la filosofía del derecho es ajena a la ciencia del derecho natural, la cual se limita al *ius naturae* y se divide en dos partes: una teoría general del derecho natural y el sistema de los derechos naturales.

Pero, además de la materia, lo que distingue –sobre todo– a la ciencia del derecho natural de la filosofía del derecho es, como se ha dicho, el estatuto epistemológico o nivel de conocimiento: la primera se mueve en el nivel científico; la segunda, en el nivel filosófico. Por lo tanto, la ciencia del derecho natural no es una parte o rama de la filosofía jurídica, sino que es una especialidad de la ciencia jurídica.

En realidad, la confusión entre ciencia del derecho natural y filosofía del derecho sólo tiene algún sentido en la escuela kantiana más ortodoxa, por la trasmutación que hace de las reglas y principios de derecho natural en formas puras *a priori* y aun así esto únicamente sería válido entendiendo el derecho natural al modo wolffiano. Superados el sistema wolffiano y el sistema kantiano, debe quedar claramente establecida la distinción entre filosofía del derecho y ciencia del derecho natural.

h) Sobre todo desde el pensamiento aristotélico-tomista, en el que el derecho natural es verdadero derecho vigente, confundir la ciencia del derecho natural con la filosofía del derecho o reducir la primera a la filosofía moral resulta de todo punto inaceptable. Si el derecho natural es derecho vigente, su estudio primero corresponde a la ciencia del derecho vigente que es la ciencia jurídica. Todo ello sin perjuicio del pensar filosófico sobre el derecho y, por consiguiente, sobre el derecho natural. Pero entender que la ciencia del derecho natural no es ciencia jurídica, sino ética o simplemente alguna de las partes de la filosofía –una vez distinguida ésta de la ciencia– no es correcto. Y atribuirlo a la mente de Tomás de Aquino es un error. El neoescolasticismo ha sido, en este punto, una distorsión del tomismo.

6. LA PERSPECTIVA FORMAL DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. *a*) Como ya se indicó en su momento, la filosofía no constituye una disciplina unitaria, sino un conocimiento que se descompone en una serie de disciplinas o ciencias filosóficas, a las que se aplica analógicamente su definición. Esto plantea una cuestión respecto de la filosofía del derecho: es claro que esta disciplina es una parte de la filosofía, pero ¿de qué modo es parte, cómo se relaciona con la filosofía general?

Tres son las respuestas posibles: 1ª) la filosofía del derecho se confunde con una de las ciencias filosóficas tradicionalmente aceptadas (v. gr. la ética), o es una parte de ella (por ejemplo, ética social). 2ª) Como sea que el estudio filosófico del derecho afecta a varias ciencias filosóficas (metafísica, teoría del conocimiento, etc.), en realidad la filosofía del derecho es una disciplina formada

por la suma de los materiales procedentes de lo que sobre el derecho dicen las diferentes ciencias filosóficas. En este caso, sería una disciplina formada por razón del objeto material –conjunto de saberes unidos por causa del tema u objeto material–, sin objeto formal propio. Y como sea que las ciencias se forman y especifican por su objeto formal o perspectiva formal de consideración, la filosofía del derecho no sería una ciencia en sentido estricto, sino una suma de ciencias o saberes, unidos por razón del tema estudiado. 3ª) La filosofía del derecho es una ciencia filosófica específica, distinta de las demás ciencias filosóficas o ramas de la filosofía, en cuyo caso tiene una perspectiva formal –objeto formal– propia y distinta de las específicas de otras ciencias filosóficas. Lo cual plantea la cuestión de saber cuál sea esa perspectiva formal de la filosofía del derecho.

Las respuestas que al interrogante planteado han dado los autores, más implícitas que explícitas, han sido, además de pocas –pues son muchos los autores que silencian la cuestión–, diversas y con frecuencia un tanto ambiguas.

b) Desde que al principio se comenzó a hablar de ciencia filosófica del derecho o filosofía del derecho, no faltaron quienes, sin precisar más, entendieron la filosofía jurídica como filosofía práctica[77]; era una postura lógica, cuando la filosofía del derecho era todavía la disciplina "Derecho Natural" en términos kantianos. Posición bien distinta fue la de quienes hablaron de la filosofía jurídica como metafísica del derecho[78], pues la metafísica pertenece a la filosofía especulativa; en esta misma línea hay que situar a quienes pusieron como objeto de la filosofía del derecho la idea de derecho o los conceptos de derecho y de justicia (Hegel, Stammler, etc.).

c) Como vimos, una serie de autores han entendido la filosofía del derecho como una parte de la ética, particularmente de la ética social, tanto fundiendo la filosofía del derecho con la ciencia del

77. Vide, p.e., la obra citada de C. L. Michelet.
78. Vide, por ejemplo, el libro citado de E. F. W. Gerstäcker.

derecho natural, como no[79]. Resulta obvio que para tales autores la filosofía del derecho es ética o filosofía moral y, por lo tanto, filosofía práctica.

d) Por su parte, Del Vecchio sostuvo que la filosofía del derecho es filosofía práctica, pero descompuso la filosofía práctica en filosofía moral y filosofía jurídica, distinguiendo así entre ambas disciplinas[80]. Esta calificación como filosofía práctica no parece muy congruente con incluir –como hace el autor– dentro de la filosofía del derecho la investigación lógica (concepto universal de derecho, de sujeto de derecho, de relación jurídica, etc.) y la investigación fenomenológica o histórica, las cuales son especulativas.

e) Un hecho fácilmente comprobable es que en la división de la filosofía que han hecho muchos filósofos no suele encontrarse mencionada la filosofía del derecho, la silencian; por lo que tiene de excepción y solución singular cabe mencionar la división que presenta el filósofo J. J. Rodríguez Rosado, el cual distingue entre filosofía natural, filosofía racional, filosofía moral y filosofía cultural, subdividida esta última en filosofía del arte o estética y filosofía de la técnica, dentro de la cual incluye la filosofía del derecho[81].

f) Las tesis vistas hasta ahora hacen de la filosofía del derecho una rama de la filosofía, bien fundida con otra (ética o metafísica), bien autónoma. Hay otras, bastante más extendidas, que descomponen la disciplina en varias indagaciones temáticas, que tocan diversas ciencias filosóficas. Una enumeración frecuente comprende tres: la metafísica –según unos– o la ontología –según otros– jurídicas, la axiología –también la estimativa– jurídica y la teoría del conocimiento jurídico o teoría de la ciencia del

79. Entre estos últimos, vide A. F. UTZ, *Ética social*, II, *Filosofía del derecho*, ed. castellana (Barcelona 1965).

80. Cfr. *Lezioni*..., cit., págs. 1 ss.

81. Voz *Filosofía*, I, *Concepto y división*, en "Gran Enciclopedia Rialp", X, pág. 165.

derecho[82]. Si se acepta éste –o similar– contenido para la filosofía del derecho, queda pendiente si esta disciplina se considera la suma o conjunción de varios saberes filosóficos, unidos por el objeto material estudiado (la realidad jurídica), sin una formalidad propia[83], o si, por el contrario, tiene un objeto formal que unifica esos saberes en una ciencia filosófica específica.

g) A nuestro juicio, el estudio filosófico de la experiencia jurídica requiere la aplicación a la realidad jurídica de una multiplicidad de saberes filosóficos. Por una parte, la filosofía del derecho se pregunta qué es el derecho y qué es la ley, cuáles son sus últimas causas, qué es la justicia, cómo se divide el derecho (y con ello se plantea la cuestión del derecho natural), qué relación existe entre justicia y derecho, etc., cuestiones todas ellas que son *ontológicas* y, más precisamente, metafísicas a nuestro parecer.

Junto a esto, a la filosofía del derecho corresponde tratar de una serie de problemas gnoseológicos –teoría del conocimiento y del razonar–, que superan el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica. Aquí ya no estamos ante temas de ontología o metafísica, sino ante cuestiones de gnoseología y de lógica, que son otras ramas de la filosofía. Por otra parte, no se puede olvidar que es propio de la filosofía jurídica analizar y exponer los principios jurídicos supremos y últimos de la legislación. Y esto es filosofía de la conducta humana.

Ahora bien, ese conjunto de saberes de tipo filosófico está armónicamente trabado, formando una unidad, pues se trata de distintos saberes ordenados todos ellos a lo que constituye el núcleo central de la filosofía del derecho: el conocer filosóficamente la experiencia jurídica.

82. Véase, por ejemplo, E. DÍAZ, ob. cit., págs. 253 ss.

83. Tal es la tesis de Dworkin. Cfr. R. M. DWORKIN (ed.), *La Filosofía del Derecho*, ed. castellana (México 1980), pág. 7. Niega que la filosofía del derecho sea un ámbito de investigación sistemáticamente delimitado, A. ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, 2ª ed. castellana (Buenos Aires 1963), pág. 26; por eso entiende que no debe hablarse de filosofía del derecho, sino de problemas iusfilosóficos.

¿A esa unidad de tema u objeto material, corresponde una unidad de perspectiva formal de consideración u objeto formal, que constituya a la filosofía del derecho en una disciplina o ciencia filosófica específica, distinta de las demás? La pregunta es fundamental, pues, como se ha dicho, las ciencias se distinguen, constituyen y especifican por la perspectiva formal de consideración, por el objeto formal.

h) Lo que caracteriza formalmente a la filosofía del derecho es que es *jurídica*, esto es, que estudia la realidad en cuanto jurídica, o dicho de modo más gráfico, que estudia el derecho *en cuanto derecho* –no en cuanto factor político o ético–[84] y, por ello, es una rama específica de la filosofía, distinta en consecuencia de la filosofía política y de la filosofía moral o ética. El derecho, además de otros modos que no son del caso, puede estudiarse como fenómeno político-social (instrumento y límite del poder, elemento del Estado) y en relación a la ética (teoría moral de la justicia y conductas éticamente justas); en un caso es objeto de la filosofía política, en el otro lo es de la filosofía moral. Ninguna de estas perspectivas es la propia de la filosofía del derecho, que se distingue por su perspectiva jurídica. Decir perspectiva jurídica

84. La expresión "el derecho en cuanto derecho" puede parecer una redundancia, si el lector se deja llevar por una confusión existente acerca del derecho: derecho sería, tan solo, un nombre o denominación de la norma o ley. Aparte de que derecho y ley son cosas distintas, es preciso tener en cuenta que el término "derecho" no es nombre de la cosa en sí –cualquiera que sea la realidad o realidades a las que se aplique la palabra en sentido propio o análogo–, sino de la cosa *según cierta formalidad*; el término derecho designa una materialidad según una formalidad. Así la norma es ley para la ética y para la política; propiamente hablando sólo es derecho desde la perspectiva del jurista. Por eso las realidades a las que se aplica la palabra derecho –como veremos: la cosa justa, la ley y la facultad moral de hacer o exigir– tienen dos nombres (v. gr. ley y derecho), uno que designa la cosa en sí y otro, el de derecho, que la designa según la formalidad jurídica. Derecho es palabra que contiene en sí la referencia a una formalidad. Por eso, decir que la filosofía del derecho estudia el derecho en cuanto derecho, contiene la referencia a una formalidad: precisamente aquella en cuya virtud una realidad recibe el nombre de derecho. Esta formalidad es la perspectiva del jurista.

quiere decir *la perspectiva del jurista* (que se distingue del político y del moralista) ¿Quién es el jurista? El jurista es el que trata del derecho desde la perspectiva de su cumplimiento o satisfacción. Esta es la perspectiva de la filosofía jurídica. La filosofía del derecho es la ciencia filosófica del derecho en cuanto derecho, la filosofía sobre la realidad jurídica desde la perspectiva del oficio de jurista. Cuando se filosofa sobre la realidad jurídica desde una perspectiva jurídica (en cuanto objeto del oficio de jurista), la filosofía se hace jurídica, esto es, filosofía del derecho. La filosofía del derecho es filosofía *jurídica*.

Los saberes filosóficos requeridos por la filosofía del derecho son múltiples, pero hay una unidad formal: la perspectiva jurídica. Ello permite a la filosofía del derecho constituirse en una ciencia filosófica unitaria.

Esto pone de manifiesto cuán importante es para la filosofía del derecho mantenerse rigurosamente en los términos de esa formalidad, sin decantarse hacia la filosofía política o hacia la filosofía moral, las dos perennes tentaciones del filósofo del derecho[85].

7. DIMENSIÓN ESPECULATIVA Y DIMENSIÓN PRÁCTICA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. *a*) La realidad jurídica es, sobre todo, una praxis: la realización del derecho (desde el punto de vista de la norma, su cumplimiento). Por eso, la ciencia del derecho es ciencia de la conducta humana, cuyo núcleo central es la acción jurídica o acto de dar satisfacción al derecho; por decirlo con otras palabras, es la conducta que cumple y satisface el derecho. Esta conducta o actuación requiere un saber inmediatamente práctico o

85. Por eso no puede juzgarse correcta la derivación que hacia la ética se observa ahora en una serie de filósofos del derecho, por influencia –sobre todo– de la doctrina ética anglosajona; la filosofía jurídica no debe confundirse con la filosofía moral. Curiosa coincidencia la que se está produciendo –en este punto– entre neocontractualistas, analíticos y antimetafísicos con la neoescolástica: la confusión entre ética y filosofía del derecho. Tampoco la filosofía del derecho es la filosofía del Estado, como han pretendido algunos, atribuyéndole cuestiones y temas propios de la filosofía política. Mezclar la filosofía del derecho con la filosofía política o la filosofía moral, destruye su especificidad.

ciencia de la acción humana, que es el arte del derecho o jurisprudencia. En esta misma línea del saber jurídico ordenado directamente a la realización del derecho, cabe un "momento científico-sistemático" o ciencia del derecho en sentido estricto; este conocimiento es general y con cierto grado de abstracción (la dogmática jurídica), pero está directamente dirigido a la realización del derecho, aunque no sea inmediatamente práctico: es un saber especulativamente práctico. Por decirlo con ejemplos, el arte del derecho o jurisprudencia es el arte del juez; la ciencia del derecho es el saber propio del jurista académico (v. gr. el que compone un tratado). Arte del derecho y ciencia jurídica son dos niveles del "saber jurídico" o ciencia jurídica en sentido amplio; ambos están íntimamente unidos, porque son dos grados del saber jurídico o ciencia de la realización del derecho, ciencia de la práctica jurídica.

En relación con esto, cabe preguntarse: ¿es la filosofía del derecho un *tercer nivel* de esa ciencia de la realización del derecho, o es una reflexión sobre la realidad jurídica, dentro de la cual está esa ciencia práctica?

b) Que la filosofía del derecho es un nivel del conocimiento jurídico, entendido en el sentido indicado, ha sido sostenido expresamente por algunos autores[86], con lo cual la filosofía del derecho sería una ciencia especulativa por su modo de conocer y práctica por su fin o intencionalidad. Según esto, filosofía del derecho, ciencia jurídica y arte del derecho serían tres niveles del conocimiento jurídico o ciencia de la práctica jurídica. O sea tres niveles de la ciencia del jurista.

c) Entendemos que el saber filosófico del derecho es un saber filosófico, necesario –no sólo útil– para el jurista, pero no pertenece a esa ciencia del jurista. Es ciencia de filósofo, no ciencia del jurista. No es un nivel de la ciencia del jurista, sino saber filosófico sobre la ciencia y el hacer del jurista.

86. Vide J. M. MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico*, cit.; J. FERRER ARELLANO, *La gnoseología del Derecho y el tema de la relación jurídica*, en "Ius Canonicum", II (1962), págs. 167 ss.; ID., *Filosofía de las relaciones jurídicas* (Madrid 1963), Introducción gnoseológica.

La ciencia del jurista o ciencia jurídica en sentido amplio es, de suyo, una ciencia que parte del derecho en cuanto positivizado y formalizado, esto es, estudia y aplica el derecho según se encuentra en las fuentes y cauces de positivación y formalización. Por lo tanto, encuentra su suficiencia intrínseca en las causas y principios próximos e inmediatos; no integra en sí un nivel filosófico que constituya una parte intrínseca suya.

d) La filosofía del derecho no es un nivel del conocimiento jurídico o ciencia del jurista, sino una ciencia filosófica autónoma. Esto nos lleva a considerar a la filosofía jurídica como ciencia especulativa. Lo cual quiere decir que la misión de la filosofía del derecho consiste en *conocer* –por sus últimas causas y en su íntimo ser– la realidad jurídica, pero no tiene la misión de *construirla* o *realizarla*. Estudia el derecho, pero no lo realiza.

Pero esto no significa que no tenga una vocación crítica y valorativa y, por lo tanto, que no se oriente a la mejora y transformación de la realidad jurídica. El saber teórico y el saber práctico no se distinguen por el desinterés del primero por la praxis. Lo que los distingue es que el saber práctico es conocimiento del obrar y del hacer y el saber teórico es conocimiento de los presupuestos, del fundamento y del sentido de la acción, por lo cual critica, valora, fundamenta y da sentido a ésta. En este orden de cosas, el saber teórico es enormemente útil para el saber práctico. La matemática, saber ejemplarmente especulativo, es un claro exponente de la utilidad de lo especulativo para la práctica.

Precisamente porque la filosofía del derecho conoce la realidad jurídica en su radicalidad y ultimidad, proporciona a la ciencia jurídica sus últimos fundamentos y sus supremos principios y es capaz de ejercer una función crítica y valorativa de la ciencia del jurista. En este sentido, la filosofía del derecho tiene una inestimable dimensión práctica.

8. FUNCIÓN Y SENTIDO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. *a*) La autonomía y suficiencia de las ciencias fenoménicas y positivas son relativas, como se puso de relieve al hablar de la filosofía en general. Lo que en su momento se dijo sobre la relación entre

filosofía y ciencia es aplicable a la relación entre filosofía del derecho y ciencia del jurista.

La filosofía del derecho tiene respecto de la ciencia del derecho una función fundamentadora y una función valorativa y crítica. En primer lugar, una función fundamentadora. La filosofía del derecho proporciona a la ciencia del jurista los conocimientos metacientíficos básicos y fundamentales, que ella no es capaz de obtener por su estatuto epistemológico, pero que le son necesarios para conocer correctamente la realidad jurídica. Si puede hablarse de una relativa suficiencia de la ciencia jurídica para alcanzar su finalidad, no menos verdad es su radical incapacidad para proporcionarse el conocimiento de la última realidad del hecho jurídico; en este sentido, hay una dependencia de la ciencia del jurista respecto de los fundamentos filosóficos de la realidad jurídica, que es lo que proporcionan la filosofía del derecho y, en última instancia, las demás ciencias filosóficas.

En segundo término, la filosofía del derecho critica y valora el hecho jurídico tal como aparece en sus fuentes de positivación y formalización. Como conocimiento superior, que alcanza los principios supremos y el más íntimo ser de la realidad jurídica, la filosofía del derecho es capaz de juzgar y valorar un ordenamiento jurídico dado, según su corrección o incorrección, de acuerdo con las exigencias más fundamentales del ser de la persona humana y de la vida social.

b) Así, pues, la filosofía del derecho es el complemento necesario de la ciencia jurídica, de modo que el estudio del derecho queda incompleto si no alcanza el nivel filosófico. Por eso, aunque fuese sumariamente, los juristas –hasta la aparición del positivismo– solieron comenzar sus tratados con unos elementales principios de filosofía jurídica: noción de derecho, noción de justicia, definición de la ciencia del derecho, división entre derecho natural y positivo, noción de ley, etc. Tal vemos en el inicio del Digesto y de las Instituciones de Justiniano y en todos los comentarios del *Corpus Iuris Civilis*.

Es lógico que así sea, porque la ciencia jurídica depende del sistema filosófico. La filosofía del derecho proporciona al jurista

la explicación última de la realidad jurídica, su más profundo sentido y su más alta orientación. Y, por lo tanto, ningún sistema científico está desconectado ni es independiente de algún sistema filosófico. Tanto la interpretación del derecho como la forma de desarrollar la función de jurista dependen de la filosofía.

c) A algunos juristas les puede parecer que no es así. A ellos les basta –dicen– saber las leyes y aplicarlas. Pero esta actitud es ilusoria. Tal actitud presupone ya una filosofía del derecho: el positivismo legalista[87]. Así como todo hombre tiene una filosofía, aunque rudimentaria y vulgar (es decir, no científicamente estructurada), así también todo jurista opera con unos rudimentos filosóficos, a veces con contenidos poco coherentes entre sí. La pretensión de estar libre de la filosofía jurídica es una pretensión vana. Son muchas las decisiones jurídicas que dependen de unos supuestos filosóficos. Por ejemplo, el derecho penal no es inteligible si no se parte de que el hombre es libre; los contratos suponen que el hombre tiene una capacidad de compromiso, etc.

d) Que el jurista se limite a unos rudimentos filosóficos implícitos no es una situación deseable. Para ejercer con competencia, con sentido y con conocimiento de causa su oficio es necesario que el jurista alcance en un grado aceptable el saber filosófico, debe conocer con cierta hondura la filosofía del derecho. Ello no significa otra cosa que reflexionar sobre el propio oficio de jurista, su naturaleza, su objeto, su estatuto epistemológico; como supone reflexionar sobre la naturaleza y finalidad de las leyes, cuya interpretación es parte primordial de su oficio.

El saber filosófico del derecho enriquece el oficio del jurista. Le da profundidad, le ilumina con luces nuevas, le da mayor penetración, le proporciona un conocimiento más completo de las soluciones de derecho y le permite huir de falsas soluciones asentadas en prejuicios implícitos y a veces inconscientes.

87. Vide al respecto, C. J. FRIEDRICH, *La filosofía del Derecho*, ed. castellana (México 1964), págs. 13 ss.; H. CAIRNS, *Legal Philosophy from Plato to Hegel* (Baltimore 1949), pág. IX.

9. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y EXPERIENCIA JURÍDICA. Puesto que la filosofía del derecho llega a las últimas causas y supremos principios de la realidad jurídica, es un conocimiento racional metaempírico, que va más allá de la experiencia jurídica. Pero, como ya se puso de relieve al tratar de la filosofía y la experiencia, el saber filosófico parte de la experiencia, de los datos empíricos, y por consiguiente la filosofía jurídica toma como punto de partida necesario la experiencia jurídica. No es un sistema forjado por la razón sobre formas *a priori*, ni un producto de la razón libre de contaminación con la experiencia. No se construye sobre ideas puras o ideales del derecho y de la justicia, ni tiene por objeto tales ideas o ideales. Parte de la realidad jurídica conocida como experiencia y de ahí llega a conceptos y principios metaempíricos contenidos en la realidad jurídica, como dimensión metaempírica suya. La filosofía del derecho se construye sobre realidades y alcanza lo metaempírico de lo real.

La filosofía del derecho no tiene por objeto *ideales*, sino *realidades*. Ciertamente se trata de realidades con dimensiones que trascienden la experiencia, porque la realidad no es sólo lo empírico; pero todo cuanto alcanza parte de la experiencia: la experiencia jurídica. De ahí que la filosofía del derecho deba partir de unos hechos: la vida del foro, el reparto de las cosas, la legislación vigente, etc. Por eso, para una correcta elaboración de un sistema de filosofía jurídica es fundamental la correcta detectación de los hechos objeto de observación, o lo que es lo mismo, la correcta delimitación del objeto material: sobre qué parcela de la vida social filosofa la filosofía del derecho (la praxis jurídica o realización y cumplimiento del derecho).

Naturalmente que en la investigación filosófica se elaboran conceptos, se captan principios y se establecen relaciones, que son productos de razón, pero todos ellos tienen su fundamento real y son expresión de la realidad. Así el concepto de derecho o la noción de justicia, lejos de ser formas puras *a priori*, son conceptos y nociones *a posteriori*, que no expresan ningún ideal, sino lo universal realizado en lo real particular y abstraído de éste.

La filosofía del derecho no es una construcción racional, desvinculada de la experiencia, sino filosofía de la experiencia jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Qu'est-ce que la Philosophie du droit*, nº monográfico de "Archives de Philosophie du Droit", VII (1962); AA.VV., *La Filosofía del Derecho en España*, nº monográfico de los "Anales de la Cátedra Francisco Suárez", XV (1975); AA.VV., *Filosofia e scienza del diritto*, a cura di R. Orecchia (Milano 1956); F. CARPINTERO, *Naturrecht y Rechtsphilosophie. Los inicios del positivismo jurídico en Alemania*, en "Anuario de Filosofía del Derecho", nueva época, III (1986), págs. 343 ss.; H. COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, ed. castellana (Barcelona 1976); S. COTTA, *El Derecho en la existencia humana*, ed. castellana (Pamplona 1987); G. DEL VECCHIO, voz *Filosofia del diritto*, en "Novissimo Digesto Italiano", VII, págs. 334 ss.; E. GALÁN, *Concepto y misión de la Filosofía jurídica* (Madrid 1944); F. GONZÁLEZ VICÉN, *La filosofía del Derecho como concepto histórico*, en "Estudios de Filosofía del Derecho" (La Laguna 1979), págs. 207 ss.; M. HURTADO, voz *Filosofía del Derecho* en "Nueva Enciclopedia Jurídica Seix", IX, págs. 805 ss.; A. KAUFMANN, *Sentido actual de la filosofía del derecho*, en "Anales de la Cátedra Francisco Suárez", XII (1972), págs. 8 ss.; L. LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, 3ª ed. (Barcelona 1972); J. M. MARTÍNEZ DORAL, *La racionalidad práctica de la filosofía del derecho*, en "Persona y Derecho", 19 (1988), págs. 131 ss.; A. OLLERO, *Una filosofía jurídica posible*, en "Interpretación del derecho y positivismo legalista" (Madrid 1982), págs. 237 ss.; E. OPOCHER, voz *Filosofia del diritto*, en "Enciclopedia del Diritto", XVII, págs. 517 ss.; P. PIOVANI, *La filosofia del diritto come scienza filosofica* (Milano 1963); M. SANCHO IZQUIERDO, voz *Filosofía del Derecho*, en "Gran Enciclopedia Rialp", VII, págs. 459 ss.; M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho*, I, ed. castellana (Pamplona 1979).

LECCIÓN III

CUESTIONES PRELIMINARES

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La medida del conocimiento. 3. El ser y el deber-ser. 4. Bien y valor.

1. INTRODUCCIÓN. Antes de entrar en la filosofía jurídica propiamente dicha, es preciso tratar de algunos problemas teóricos previos que tienen que ver con la configuración de la disciplina, porque marcan la pauta a seguir en el estudio filosófico del derecho. Daremos sólo una visión general, obviando una exposición filosófica de fondo. Se trata más de enunciar unas ideas de forma lineal, que de desarrollar cuestiones, que tanto dividen a los filósofos. Tres son las cuestiones de las que nos vamos a ocupar: la medida del conocimiento, la relación entre ser y deber-ser y el problema de los valores.

2. LA MEDIDA DEL CONOCIMIENTO. *a*) La primera de esas cuestiones podríamos llamarla la medida del conocimiento. Nuestra capacidad de conocer es limitada, pero, dentro de sus límites, ¿hasta qué profundidad del ser es capaz de penetrar el intelecto

humano? ¿Se limita a los datos de nuestros sentidos y a nuestras experiencias sensibles o es capaz de penetrar más allá? En otros términos, la cuestión planteada puede enunciarse así: ¿es capaz nuestro entendimiento de conocimiento metafísico?

Obsérvese bien cuál es el problema. Para aclararlo podemos distinguir entre extensión y profundidad de nuestro conocimiento. ¿Existe un conocimiento natural más extenso del que proviene de los sentidos y de la experiencia sensible? ¿Conocemos naturalmente cosas, seres y realidades de modo directamente ultrasensible, es decir, de manera que el conocimiento no provenga inicialmente de nuestros sentidos? Tal sería, por ejemplo, la visión inmediata de seres espirituales. A tales preguntas debemos responder que no. Todo nuestro conocimiento natural parte de los sentidos; la experiencia sensible es la puerta de nuestro conocimiento. Si hay conocimientos naturales que *parecen* totalmente ultrasensibles, se trata en realidad de apariencias, por no ser bien conocidos ciertos fenómenos naturales que atañen a nuestra sensibilidad. Por eso, si nos encontramos con conocimientos que verdaderamente y con certeza no tienen su principio en el conocimiento sensible, no se trata de fenómenos naturales, sino de sucesos preternaturales o sobrenaturales. Nuestro conocimiento *natural* comienza siempre y en todos los casos por los sentidos, es decir, por la experiencia sensible. En este orden de cosas, el hombre no posee por naturaleza un conocimiento más extenso del que tiene su principio en la experiencia sensible.

Otro problema distinto –que es el planteado aquí– se refiere a la profundidad del conocimiento. Supuesto que el conocimiento humano comienza por los sentidos, ¿se limita nuestro conocimiento a la experiencia sensible o va más allá de ella? O lo que es lo mismo, partiendo de dicha experiencia, ¿es capaz nuestro entendimiento de captar realidades no sensibles o inmateriales? ¿Es el hombre capaz de un conocimiento que va más allá de los fenómenos, de las apariencias sensibles o físicas, esto es, es capaz de un conocimiento metafísico?

La respuesta ha de venir determinada, no por un *a priori*, sino por un análisis de nuestro conocer Para nuestro propósito basta mostrar que se da el conocimiento metafísico; cómo sea esto

posible es objeto de la teoría del conocimiento. Y son dos los datos que ese análisis nos proporciona para concluir que nuestro entendimiento alcanza un núcleo de realidades metafísicas: por un lado el conocimiento de los universales y por otro el conocimiento de realidades espirituales como sucede con Dios.

b) Los universales son ideas, conceptos y enunciados que nuestra mente elabora y que tienen un valor universal, esto es, que se predican sin excepción de todos los entes que abarcan. Tal es, por ejemplo, el concepto hombre; todo cuanto se predica de ese concepto –animal racional– se predica de todo hombre sin excepción. Lo propio de los universales es que no son simples captaciones de hechos. No es que nuestra mente elabore los universales a partir de la experiencia universal. Por el contrario, lo típico de un universal es que la mente humana llega a él a partir de una experiencia parcial. Ningún hombre es capaz de conocer a todos los hombres sin excepción, los existentes, los que ya existieron y los que en el futuro existirán; cada hombre conoce sólo una parte de la humanidad. Sin embargo, de esa experiencia sensible parcial, la mente se remonta al concepto hombre, alcanzando un conocimiento –qué es el hombre–, que traspasa la experiencia sensible. El universal comporta un conocimiento ultrasensible, pues de una experiencia parcial llega a un conocimiento universal, alcanza –según el ejemplo propuesto– verdades predicables con certeza de todo hombre: v. gr. la dignidad de la persona humana.

c) El empirismo –que reduce todo conocimiento humano a la experiencia sensible– sostiene que no existen universales, sino generalizaciones que nuestra mente hace a partir de unos datos parciales, porque para estos autores tampoco son reales las especies o los géneros, sino sólo los individuos. De un dato parcial, la mente deduce un dato general. Mas esta tesis es contraria a la evidencia de nuestro conocimiento. Lo que diferencia lo universal de lo general, es que lo primero se da siempre y sin excepción, mientras que lo segundo indica lo que sucede normalmente, lo que es común, pero admite excepciones; lo general es lo mayoritario,

mientras que lo universal se refiere necesariamente a la totalidad. Pues bien, nuestra mente obtiene conceptos y conclusiones –conocimientos– que no son simplemente generales, sino verdaderamente universales.

Supongamos la siguiente conclusión: las dos piernas del hombre tienen la misma longitud. Conocemos, desde luego, que hay hombres que nacen con una pierna más corta que otra. ¿Cómo reaccionamos ante este hecho? Si la primera afirmación –las dos piernas tienen la misma longitud– fuese una generalización, ante el hecho de un hombre con una pierna más corta que otra, reaccionaríamos en buena lógica como ante un hecho simplemente estadístico; la verdad sería ésta: la generalidad de los hombres tiene las dos piernas iguales y algunos hombres las tienen de longitud desigual. Ambos tipos de hombres serían igualmente normales, porque no existiría un criterio en virtud del cual pudiésemos decir que la normalidad es que las dos piernas sean iguales. En efecto, para establecer un criterio de normalidad, es preciso que tengamos una idea de cómo el hombre debe ser, deducida de lo que todo hombre exige para que su constitución sea correcta. Pero esto es una conclusión universal, no general; significa que nos hemos hecho una idea del hombre, en virtud de la cual, si un hombre concreto se separa en algo de esa idea, podemos hablar de un defecto, de una anormalidad. Y eso –hay que repetirlo–, no es una conclusión general, sino universal. En el caso del hombre con una pierna más corta que otra, no hablamos de un simple hecho estadístico, sino de un defecto, de una anormalidad.

Operamos naturalmente con universales. El razonamiento y el comportamiento comunes de los hombres presuponen múltiples veces el uso de universales, sin los cuales no se entenderían ni ese comportamiento, ni ese razonamiento.

d) Supuestos los universales, cabe preguntarse hasta qué punto son *reales*. ¿Nos proporcionan el conocimiento de las cosas, porque nos indican una realidad de ellas, o por el contrario son meros predicados de razón, algo que nuestra razón atribuye a las cosas, sin que esté en las cosas? Naturalmente que el universal como tal es un ente de razón. El concepto hombre, por ejemplo, no

tiene realidad extramental en cuanto concepto; está en la mente de cada hombre. En eso consiste ser un concepto: es una operación de la razón. Pero no es una operación de la razón sin más, sino un *conocimiento*, esto es, un reflejo de la realidad. Es como la imagen reflejada en un espejo; la imagen no es el objeto reflejado, pero existe el objeto reflejado y por eso la imagen es *verdadera*. El concepto hombre no es cada hombre, pero refleja una realidad verdadera de todo hombre. Lo mismo ocurre con los enunciados universales: el enunciado "las dos piernas del hombre son iguales", en cuanto enunciado está sólo en la mente; pero es el reflejo –el conocimiento– de la realidad. En la realidad, la mayoría de los hombres tienen las dos piernas iguales por lo cual son normales, y la minoría que las tiene desiguales es defectuosa; en el origen de la desigualdad de la longitud de las piernas, la ciencia descubrirá un proceso patológico. En el bien entendido de que la predicación de patológica es de suyo metafísica, porque la normalidad –como hemos visto– no nos la da a conocer la experiencia sensible, sino la universalización. Sin los universales, hasta las ciencias experimentales son incapaces de señalar algo más que puros hechos, iguales o distintos, constantes o diferenciados.

El conocimiento por universales es un conocimiento de la realidad; es, pues, un conocimiento verdadero, cuando la operación universalizadora ha sido correcta.

e) Aparte de los universales, se observa que nuestro intelecto alcanza conocimientos metafísicos por llegar a conocer, partiendo de la experiencia sensible, entidades que escapan a los sentidos. Tal sucede con la existencia de Dios. Cualquiera de las vías, por las cuales la razón llega a captar la existencia del Ser Subsistente, comienza por un hecho de experiencia, a través del cual y por un razonamiento de índole metafísica –la imposibilidad de una serie infinita de causas– llega a captar la existencia de un Ser de naturaleza espiritual no sensible, dotado de la nota de infinitud. En todas las vías demostrativas racionalmente de la existencia de Dios, hay un salto del conocimiento empírico o fenoménico al metafísico:

justamente cuando de la imposibilidad de una serie infinita de causas se llega a la primera causa[1].

f) El conocimiento metafísico forma parte del modo común y corriente de conocer propio del hombre, cuya inteligencia opera metafísicamente de modo constante, como lo muestra el más simple análisis del lenguaje. Cada vez que utilizamos un concepto estamos operando metafísicamente, cada vez que establecemos la diferencia entre lo normal y lo defectuoso –no entre lo general o común y lo minoritario o particular– nos ocurre lo mismo, etc., de modo que el conocimiento metafísico nos es algo connatural. Por eso, cuando en el ámbito de los saberes cultos se opera un rechazo absoluto –no sólo metodológico como en el caso de las ciencias fenoménicas– del conocimiento metafísico y una consciente y voluntaria reducción al conocimiento fenoménico o empírico, se produce un incorrecto abandono de una parte fundamental de nuestro saber, que torna opaca una dimensión esencial de la realidad. Se causa, así, una voluntaria ceguera, que priva al hombre del más alto y profundo núcleo de inteligibilidad de los entes. La un tanto extendida frase de cierto filósofo sueco "delenda est metaphysica" expresa todo lo contrario de una actitud acertada y sabia ante el mundo y ante la vida. La humanidad puede vivir sin Cartago, pero el hombre no puede rehuir la metafísica, pues prescindir de ella –aparte de ser imposible– supone que el mundo del espíritu se queda voluntariamente ciego a la suprema luz y vacío al más alto y profundo nivel de conocimiento. Además, el mismo rechazo de la metafísica reviste un carácter metafísico, puesto que no se basa en los puros hechos.

3. EL SER Y EL DEBER-SER. *a*) La segunda de las cuestiones de la que debemos ocuparnos –según se aludía en páginas anteriores– consiste en la relación entre el ser y el deber-ser. Esta cuestión nos viene dada por una arraigada convicción que se observa en una serie de filósofos en general y de filósofos del

1. Vide, por ejemplo, J. GARCÍA LÓPEZ, *El conocimiento natural de Dios* (Murcia 1955); A. L. GONZÁLEZ, *Teología natural* (Pamplona 1985).

derecho en particular; hay un *hiatus* insalvable –dicen– entre el mundo del espíritu o mundo de la cultura y el mundo de la naturaleza; o bien, entre la esfera del conocimiento y la del obrar. Habría, pues, una fisura intraspasable entre el ser y el deber-ser, de modo que no sería posible el tránsito del ser al deber-ser; de que algo sea, no puede pasarse a afirmar que deba ser y, en tal sentido, de una inclinación natural, por ejemplo, no puede deducirse un deber-ser, un deber o ley natural. Dicho tránsito constituye –han afirmado especialmente los filósofos analíticos– una falacia, la falacia naturalista.

b) ¿Abismo entre el mundo de la naturaleza y el mundo del espíritu, entre realidad natural y pensamiento, entre ser y pensar? Digamos ante todo que no puede existir, en el hombre, una fisura insalvable entre naturaleza y pensamiento, en virtud del principio de unidad del ser. Como es sabido, uno de los trascendentales del ser es la unidad: el ser es, por definición, uno; es imposible que así no sea. Un ser dividido ya no es un ser, sino dos o múltiples seres. Siendo el hombre un ser compuesto de espíritu y materia, de naturaleza y espíritu, de realidad natural y pensamiento, es necesariamente uno en su composición; en él hay composición, pero no división. Lo cual comporta una necesaria *comunicación* –fruto de la unidad– entre naturaleza y espíritu, entre pensamiento y realidad natural. Esto se verá con tanta mayor facilidad, cuanto mejor se observe que el pensamiento es operación y que toda operación lo es de un ente, del cual la operación es una actualización, una puesta en acto. Por lo tanto, si la operación es actualización del ser y el pensamiento es operación, resulta impensable la incomunicabilidad entre el ser y la operación. En el ser del hombre, y en virtud del principio de unidad del ser, todas sus dimensiones están comunicadas e interrelacionadas; en él no hay ni puede haber un abismo entre el mundo del espíritu y el mundo de la naturaleza. Y si en el interior del hombre no existe tal abismo, tampoco existe respecto del mundo exterior, pues la comunicación es posible ahí, si lo es en el interior del hombre. El mundo de la naturaleza y el mundo del espíritu no son dos mundos separados por un abismo, sino dos mundos comunicados. El

mundo de la naturaleza es un mundo *pensable*, captable verdaderamente por el pensamiento y, en cierta medida, recreable por él. ¿Qué es la estatua que el escultor saca del bloque de marmol, sino una proyección recreacional del pensamiento hacia la masa informe de materia? ¿Y cómo esto sería posible sin un conocimiento –sin una penetración aprehensora– de esa materia por el pensamiento, lo cual comporta la *comunicación* entre el objeto y el pensamiento?

La relación ente el mundo del espíritu y el mundo de la naturaleza, por lo que al hombre respecta, halla su culmen en la relación entre pensamiento y objeto, que es una relación necesaria. Por lo tanto, al pretendido abismo hay que oponer la comunicación y, en último término, la relación, que alcanza a ser relación necesaria en un determinado aspecto. En definitiva, cuanto se ha dicho antes respecto del conocimiento metafísico, vale para la cuestión que nos ocupa, pues si es posible el conocimiento metafísico, es obvio que naturaleza y espíritu están comunicados.

Además, esa unidad del ser humano, dotado de naturaleza, postula también la correlación entre naturaleza y fines del obrar.

c) Supuesto cuanto acabamos de decir, se puede pasar a exponer si acaso cabe el tránsito del ser al deber-ser, y en caso afirmativo en qué medida y condiciones resulta ello posible. Este tránsito puede analizarse desde el punto de vista lógico y desde el punto de vista ontológico. Desde ambos puntos de vista cabe concluir que en tal tránsito puede caerse en una falacia: la falacia naturalista. Pero hay una forma de tránsito que no es ninguna falacia.

Veamos, en primer lugar, el punto de vista lógico. De que algo *es*, no puede deducirse que *debe ser*, porque *es* resulta ser un presente y *deber ser* denota un futuro ser de algo que aún no es. Si ya es, no puede deber ser (que implica no ser aún). Si es presente, no puede aún no ser y por ello deber ser. Sólo por una falacia puede pasarse lógicamente del ser al deber-ser.

Desde el punto de vista ontológico, también puede ser falaz pasar del ser al deber-ser. De un hecho, de lo que ya es, no puede deducirse que eso debe ser, es decir, del hecho no puede pasarse al derecho: esto es así, luego tiene derecho a ser así, tal cosa es ley.

Si ese tránsito deductivo se hace, se comete la falacia lógica y, además, se comete una falacia ontológica. El hecho, lo que sucede o es, puede ser lícito o ilícito, justo o injusto; esto está implícito en la noción misma de deber-ser, de derecho, de ley. Lo que es, puede no haber debido ser o puede haber debido ser: del hecho de ser no puede deducirse que debe ser.

En esta falacia, lógica y ontológica, han incurrido a lo largo de la historia, cuantos han elevado una situación de hecho al rango normativo de derecho o de ley. Tal era la falacia de los sofistas cuando decían que la ley natural es la dominación de los fuertes sobre los débiles; es así que el fuerte de hecho domina al débil, luego eso es lo justo, lo normativo, lo que debe ser. Esta deducción es ejemplo de la falacia naturalista. De igual modo han incurrido en esa falacia aquellos autores que, de una u otra forma, han llamado derecho o ley naturales a la situación fáctica del dominio por la fuerza, como es el caso de Hobbes, Spinoza y otros. Es ésta la falacia en la que incurre el *sociologismo*: tal pauta de conducta es la mayoritaria y comúnmente seguida, luego debe ser ley, es lo que debe ser. Eso es mezclar indebidamente el ser con el deber-ser. El ser no es normativo por su frecuencia o su carácter mayoritario; de ser normativo, sólo puede serlo por razón de su misma entidad. Claro que para captar esa normatividad es preciso entender que el ser es algo más que el mero hecho[2].

d) Hay, sin embargo, un tránsito del ser al deber-ser que no es falaz, ni lógica ni ontológicamente. Esto ocurre en el ámbito del hombre cuando se comprende que su ser es dinámico y perfectible, es decir, que encierra en sí una potencialidad de perfección, de modo que el *esse* del hombre se ordena a un *plenum esse*. Dado que el ser del hombre está entitativamente inmerso en un proceso de *realización* en orden a unos fines, cuya consecución le lleva a un modo más pleno y enriquecedor de ser, cabe el tránsito del ser al deber-ser.

Propiamente, es en este caso cuando es posible hablar de deber-ser. El deber-ser no es una forma *a priori*, sin realidad substante,

2. Cfr. A. LLANO, *Metafísica y lenguaje* (Pamplona 1985).

sino una exigencia de ser, radicada en la ontología del ser. Nace el deber-ser cuando el ser aparece en estado de imperfección inicial y clama –exige– por su realización en los fines que lo plenifican y perfeccionan. El deber-ser es la expresión del ser exigente: esa realización en la plenitud debe ser.

Si el deber-ser es, por una parte, expresión del ser exigente, por otra parte, en tanto es deber-ser expresa, no el presente, sino el futuro del ser; lo que *aún no es*, debe ser. El deber ser está en el ser como un futuro exigido. Luego, este tránsito del ser al deber-ser no incurre en la falacia lógica. No es lo que *es* lo que *debe ser*, sino que *debe ser* lo que, pudiendo ser, *aún no es*. El deber-ser no se predica de un presente, sino de un futuro; no hay, pues, falacia lógica.

Tampoco hay falacia ontológica, pues no es el puro hecho el que se eleva a deber-ser, sino que es deber-ser una posibilidad del ser humano que aparece como normativa, por exigencia intrínseca del ser. Y esto es posible, porque pertenece por definición a la dignidad de la persona humana. Que la persona humana es digna, no por predicación extrínseca, sino por entidad intrínseca, no significa otra cosa sino un ser *normativo*, un ser que no puede ser tratado de cualquier modo, sino que debe ser tratado y debe desarrollarse según *lo que le es debido*. Y le es debida su intrínseca y constitutiva entidad, que es dinámica, porque el hombre es un ser de fines, a los que tiende para realizarse en plenitud.

En conclusión, hay un tránsito del ser al deber-ser, que es legítimo.

4. BIEN Y VALOR. *a*) La disociación entre el mundo del espíritu y el mundo de la naturaleza conduce –entre otras posibilidades– a la teoría de los valores relativos. Puesto que lo natural es opaco al espíritu, se afirma, es éste quien proyecta sus propias formas *a priori*, sus propias construcciones, sobre el ser. En el ámbito de la conducta humana –la moral en el sentido genérico de esta palabra–, los criterios del deber-ser son, según una extendida teoría, los *valores* o estimaciones de nuestro espíritu –fundamentalmente la conciencia, descrita como sentimiento moral– acerca de las acciones humanas (axiología). Hay conductas

valiosas, esto es, que realizan un valor: son las conductas correctas. Hay, por el contrario, conductas que contienen un disvalor: son las conductas incorrectas, inmorales, injustas. Obsérvese bien, no contienen un disvalor, porque sean injustas, sino que son injustas, porque son estimadas como disvalores. En efecto, el valor se entiende propiamente como una estimación subjetiva, una proyección del espíritu sobre la conducta humana. Los valores no se entienden como dimensiones objetivas de la realidad captadas por el espíritu, sino como proyecciones que el espíritu humano efectúa de creaciones suyas. Por consiguiente, los valores son relativos y, en tanto que tales, cambiantes, por más que algunos pensadores (v. gr. Hartmann y Scheler) insistan en que hay sentimientos objetivos. Según esto, una conducta resulta correcta o incorrecta, no en sí misma, sino según la estimación valorativa de nuestro espíritu. Por ahí se explicaría el cambio de valoración, que una serie de conductas han recibido en distintas épocas y en diferentes medios sociales; por ejemplo, la esclavitud en tiempos pasados.

Dada la relatividad de los valores y su índole subjetiva, el sistema social de valores se fija por la estimación valorativa de la mayoría, sin que ello sea óbice para adoptar los resortes oportunos para no lesionar los derechos de las minorías, v. gr., mediante la objeción de conciencia.

b) Como sea que el relativismo axiológico –la teoría de los valores relativos– se funda en la escisión entre el mundo del espíritu y el mundo de la naturaleza, no resulta una teoría aceptable una vez sentado que dicha escisión no responde a la realidad humana. La teoría de los valores debe partir de la índole valiosa de la persona humana, en sí y en relación a sus fines; debe partir, en suma, de la dignidad ontológica de la persona humana. En esta perspectiva, los valores no son estimaciones subjetivas, sino objetivas, pues no se trata de creaciones de nuestro espíritu, sino de realidades propias del ser humano y de la vida social. Los valores humanos no son relativos, como no es relativo el ser de la persona humana.

El valor comporta una estimación, pero esta estimación obedece a un objetivo valor del ser humano, que se presenta como bien. Y si el bien y el ser son lo mismo, pues la bondad es un trascendental del ser, el valor –que es una forma de contemplar la razón de bien del ser– es asimismo un trascendental. El valor y el ser son lo mismo. El valor es la estimación del ser como bien, que obedece a una dimensión objetiva y real del ser.

Respecto de la persona humana y su desarrollo finalista hay que hablar de valores objetivos en virtud de la objetiva y real dignidad de la persona humana. Hay que hablar de *bondad esencial* y de *bienes naturales* que le son propios.

La persona, por ser un ser de fines, se realiza en los valores. Tiene un ser ordenado a los valores, que marcan la linde entre el obrar correcto e incorrecto. Hay un obrar correcto y un obrar incorrecto, porque el hombre tiene unos valores inherentes en relación con los cuales se realiza o se degrada y, según ello, el obrar es *bueno* o correcto, o *malo* o incorrecto.

Cuando el hombre se orienta hacia los valores –hacia el bien– y está marcado por esa orientación es *virtuoso* y, en caso contrario, *vicioso*. La teoría de los valores o axiología como teoría de la realización del hombre en el ámbito del deber-ser o ámbito moral, debe ser sustituida por la *teoría de las virtudes*[3], entendiendo por virtud la actitud de la apertura del hombre hacia los valores inherentes a su ser.

3. Vide A. MACINTYRE, *Tras la virtud*, ed. castellana (Barcelona 1987).

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES, *Metaphysica*, ed. W. Jaeger, SCBO (Oxonii 1969); ID., *Ethica Nicomachea*, ed. I. Bywater, SCBO (Oxonii 1970); J. BALLESTEROS, *Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la filosofía jurídica* (Madrid 1984); F. CANALS, *Para una fundamentación de la metafísica* (Barcelona 1968); G. CARCATERRA, *Il problema della fallacia naturalistica* (Milano 1969); H. COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, ed. castellana (Barcelona 1976); S. COTTA, *El Derecho en la existencia humana*, ed. castellana (Pamplona 1987); O. N. DERISI, *Max Scheler: Ética material de los valores* (Madrid 1979); J. DE FINANCE, *Conocimiento del ser*, ed. castellana (Madrid 1971); J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford 1980); A. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *Tratado de metafísica, Ontología* (Madrid 1961); N. HARTMANN, *Ethik* (Berlin 1949); O. HÖFFE, *Derecho natural sin falacia naturalista: un programa jusfilosófico*, en "Estudios sobre teoría del derecho y la justicia" (Barcelona 1988), págs. 105 ss.; R. JOLIVET, *Tratado de filosofía*, ed. castellana, III, *Metafísica* (Buenos Aires 1957); A. LLANO, *Gnoseología* (Pamplona 1984); A. MACINTYRE, *Tras la virtud*, ed. castellana (Barcelona 1987); C. I. MASSINI, *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho* (Buenos Aires 1987); A. MILLÁN PUELLES, *Fundamentos de filosofía*, 10ª ed. (Madrid 1978); L. POLO, *Curso de Teoría del Conocimiento*, 3 vols. (Pamplona 1987, 1985 y 1988); J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *La ética de los valores como ética jurídica* (Madrid 1972); M. SCHELER, *Ética*, ed. castellana, 2 vols. (Madrid 1941 y 1942); TOMÁS DE AQUINO, *In XII libros Metaphysicorum Aristotelis expositio* (Taurini 1950).

LECCIÓN IV

EL OFICIO DE JURISTA

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El oficio de jurista. 3. Una aclaración preliminar. 4. Necesidad social a la que subviene el oficio de jurista. 5. El oficio de jurista como un saber prudente. 6. Consecuencias. 7. Función social del jurista. 8. Supuestos sociales del oficio de jurista.

1. INTRODUCCIÓN. *a*) El primer paso para desarrollar un curso de filosofía del derecho debe consistir en tomar conciencia de cuáles van a ser la realidad estudiada y el punto de mira desde el que se va a observar y contemplar la realidad objeto de reflexión. Y ello es de primordial importancia por un motivo fundamental: porque la perspectiva desde la cual accedemos a la inteligibilidad de la realidad contemplada, condiciona todo el sistema científico.

Detengámonos por un momento en este punto. Su relevancia radica en un dato acerca de nuestro modo de conocer: el hombre no conoce las distintas realidades mediante un solo acto –de un solo golpe–, ni por los sentidos ni por la inteligencia. Es preciso que aplique sus potencias cognoscitivas al objeto repetidamente y desde distintas perspectivas. Fijémonos en la vista. Conocer *de visu* un objeto de modo completo, supone verlo desde distintos

puntos: por arriba, por abajo, por los lados, por dentro y por fuera. De modo similar ocurre con los demás sentidos y asimismo sucede con la inteligencia. La inteligibilidad de un objeto sólo nos es accesible normalmente a través de una multiplicidad de actos, que comporta contemplar el objeto desde distintas perspectivas. Lo más relevante es que cada perspectiva conlleva una *formalidad*, una forma de conceptualizar y definir; es decir, un sistema de conceptos y definiciones. Por eso, las distintas perspectivas distinguen las distintas ciencias. De ahí la relevancia de fijar la perspectiva desde la cual vamos a contemplar filosóficamente la realidad jurídica. De ella dependen el sistema de definiciones y conceptos que han de elaborarse y exponerse, pues los conceptos y las definiciones nos mostrarán la realidad jurídica, tal cual aparece desde la perspectiva elegida; por lo tanto, no de modo total, sino de modo parcial. Desde otras perspectivas se iluminarán *otros aspectos* de las realidades contempladas.

Esto no significa que cada perspectiva sea incapaz de alcanzar la verdad, pero sí que la verdad alcanzada es sólo parcial; por eso no hay que absolutizar los resultados obtenidos. Estos no nos muestran toda la verdad de la realidad, sino un aspecto suyo. El error de los ciegos del apólogo no estaba en la parte del elefante que palparon –que en eso acertaron–, sino en confundir la parte con el todo del elefante.

b) Por consiguiente, en el umbral de un curso de filosofía del derecho, lo que lleva consigo un sistema de conceptos y definiciones, lo primero que debe establecerse es la realidad fundamental objeto de reflexión, la cual nos dará la perspectiva desde la que se observa y se analiza. ¿Cuál es esa realidad? El objeto de la reflexión filosófica, en esa rama de la filosofía que llamamos filosofía del derecho, es la vida jurídica, esto es, la vida del foro, la dinámica de satisfacción del derecho, de cumplimiento y aplicación de las leyes. Todo ello desde la perspectiva del *oficio de jurista*; ésta es, decíamos, la perspectiva formal de la disciplina.

Se trata, en efecto, de reflexionar filosóficamente sobre una parcela de la vida humana, sobre un sector de la actividad de los hombres. No son realidades más o menos abstractas las que

constituyen en este caso el objeto de la observación y pensamiento, sino la realidad humana en uno de sus sectores. El "derecho" sobre el que debemos reflexionar no es una idea, una abstracción, es una realidad dentro del tráfico de la vida de los hombres, un sector vital de la humanidad: el mundo del derecho.

El mundo del derecho es el mundo de los juristas, de modo particular el mundo del foro, cuyo centro es la actividad del juez, que es el jurista por antonomasia. En el ámbito de la realidad humana, el mundo del derecho es una praxis que se desarrolla en el seno de las relaciones sociales. No faltan los juristas académicos, los expertos en derecho que lo estudian a nivel teórico; pero ese mundo teórico no es el mundo del derecho por excelencia. Sin duda, esa actividad teórica es de gran importancia y utilidad, pero es una actividad subsidiaria de la praxis jurídica, cuyo verdadero centro es la actividad forense y judicial.

c) Sobre los juristas, su oficio y su lenguaje debemos reflexionar al hacer filosofía del derecho, y desde la perspectiva del jurista hemos de edificar el sistema. A los juristas, por lo demás, a su utilidad y servicio se orienta la filosofía jurídica, pues la finalidad de ésta es ofrecer a los juristas un conocimiento de su oficio y de su sentido rico en profundidad.

No vamos, en consecuencia, a analizar –al menos de modo principal– el mundo del derecho desde el fenómeno del poder, como una ordenación o ingeniería social producto del poder, perspectiva que corresponde a la filosofía política y social, por más que esa perspectiva sea muy común entre los filósofos del derecho. Hay en esto un equívoco. El derecho es primordialmente un fenómeno propio de los juristas –de su mundo y de su oficio– y sólo en forma derivada es un fenómeno político, que interesa a la filosofía política y social. El cambio de perspectiva, con ser comunísimo, no parece convincente.

2. EL OFICIO DE JURISTA. *a*) ¿En qué consiste el oficio de jurista? He ahí la primera pregunta que debemos hacernos y responder. En el mundo del derecho se observa una variedad de oficios, como pueden ser los de juez, abogado, letrado de

organismos oficiales, notario, etc. Pero dentro de esa variedad, que comporta matices distintos de desarrollar la actividad jurídica, permanece como elemento común ser jurista. ¿Cuál es ese elemento común?

Jurista es palabra derivada del término latino *ius*, que significa derecho. Jurista viene de *ius*, como artista viene de arte. Jurista es quien se dedica al *ius*, al derecho; en concreto, el que sabe discernir el derecho y, por consiguiente, dice lo que es derecho. Y para comprender más precisamente qué sea el derecho o *ius* y en consecuencia en qué consista ser jurista, nada nos parece mejor que acudir a las páginas del *Corpus Iuris Civilis* que recogen la autodefinición del jurista, por quienes hicieron del derecho un arte o ciencia, es decir, los juristas romanos.

Tres son las palabras claves que nos interesan: *ius*, *iustum* y *iustitia*. Etimológicamente, proceden de *ius* las otras dos, lo que indica que se trata de tres cosas íntimamente relacionadas. En efecto, de *ius*, que es el derecho, viene *iustus*, adjetivo que aplicado al hombre designa al que cumple el *ius*, al que cumple el derecho: el hombre justo. *Iustum*, lo justo, es el género neutro de *iustus* e indica lo hecho o cumplido por el hombre justo: es, por lo tanto, lo mismo que el *ius* o derecho. A su vez, *iustitia* es la virtud del hombre justo, o virtud de hacer lo justo, o sea, cumplir el derecho, lo que equivale a decir que la justicia es la virtud que tiene por objeto el *ius* o derecho.

b) En el inicio mismo de sus páginas, el Digesto trata *de iustitia et iure*, del derecho y la justicia, rúbrica bajo la cual nos da las nociones fundamentales acerca del derecho y del oficio de jurista. El oficio de jurista es un arte o ciencia práctica: si en D. 1,1,1 Ulpiano define –con palabras de Celso– el oficio de jurista como un arte, el *ars boni et aequi*, el arte de lo bueno y de lo justo; en D. 1,1,10 lo describe, bajo el nombre de jurisprudencia, como la *iusti atque iniusti scientia*, la ciencia de lo justo y de lo injusto[1]. El oficio del jurista o jurisprudencia es el arte o ciencia de lo justo;

1. Cfr. F. SENN, *Les origines de la notion de jurisprudence* (Paris 1926); S. CRUZ, *Direito romano*, I (Coimbra 1969), págs. 284 ss.

pues es lo propio del jurista el cultivo de la justicia ("iustitiam namque colimus"), el saber sobre lo correcto y lo justo ("et boni et aequi notitiam profitemur"), el discernimiento de lo justo y de lo injusto, de lo lícito y de lo ilícito ("aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes"), como leemos en D. 1,1,1.

El oficio de jurista es un arte o ciencia práctica –pues *ars* o arte no es otra cosa que un conocimiento práctico–, es un saber, que comporta discernir: el discernimiento de lo justo y de lo injusto, el discernimiento del derecho y de la lesión del derecho. De modo que quien ha de dedicarse al derecho lo primero que debe conocer es que derecho deriva de justicia: "Iuri operam daturum prius nosse oportet –son palabras de Ulpiano–, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum" (D. 1,1,1). "Conviene que el que ha de dedicarse al derecho conozca primeramente de dónde deriva el nombre de *ius* (derecho). Es llamado así por derivar de justicia". El jurista romano, con la derivación etimológica, por lo demás errada (pues lo verdadero es al revés[2]), quiso poner de manifiesto –y es lección preciosa que el jurista no debe olvidar– la estrecha relación entre derecho y justicia: etimológicamente una palabra deriva de la otra, porque una –la justicia– no es otra cosa que la virtud de obrar según derecho, de cumplir el derecho. Por eso, derecho es lo justo, por lo cual el arte o ciencia del derecho no es otra cosa que el arte o ciencia de lo justo. En esto está la entraña del oficio de jurista.

Naturalmente no se trata de saber por saber, sino de saber *para hacer*, para obrar –ciencia práctica–; y ¿qué es lo que hace un jurista? ¿qué hace el juez, el abogado, el letrado...? El jurista, dice, declara el derecho: el juez sentencia acerca de cuál es el derecho en el caso concreto, el abogado alega lo que entiende ser el derecho de su cliente, el letrado manifiesta el derecho. En eso consiste ser jurista: en la *iuris dictio*, en la declaración del derecho, en discernir y pronunciar la sentencia que contiene el derecho, lo que es justo[3].

2. Cfr. M. SANCHO IZQUIERDO-J. HERVADA, *Compendio de Derecho Natural*, I (Pamplona 1980), págs. 20 ss.

3. Cfr. M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho*, I, cit., págs. 65 ss.

c) Jurista es, pues, quien sabe el derecho, quien tiene el discernimiento de lo justo *en el caso concreto*, quien discierne el derecho (*ius*) y la lesión del derecho (*iniuria*) dentro de unas determinadas y particulares relaciones sociales. Allí donde un oficio requiera esa determinación del derecho, allí hay oficio de jurista, aunque sólo sea como función auxiliar[4]. El jurista por antonomasia es el juez, cuya función central y principal es la de *dictar sentencia*, decir el derecho. Pero jurista es también el abogado, que dice lo que, en su opinión, es el derecho de su cliente. Y de jurista es, o tiene una dimensión de jurista, cualquier oficio o profesión en los que haya que establecer el derecho en relación a unas personas o instituciones.

3. UNA ACLARACIÓN PRELIMINAR. *a*) Los juristas de nuestra época –particularmente a partir de Kelsen– no están acostumbrados a ver descrito su oficio como arte o ciencia de lo justo y aun podríamos decir que tal descripción les resulta desmedida; les basta con entender su oficio como discernimiento de lo legal y de lo ilegal. Lo mismo podemos decir de los filósofos del derecho, para no pocos de los cuales tal modo de describir el arte del jurista resultaría o inexacto o demasiado pretencioso[5]. En tal sentido, unos y otros estarían dispuestos a estar de acuerdo con el jurista romano en que ellos, los juristas, obran *licitum ab illicito discernentes*, pero declararán sin ambages, que escapa del cometido del jurista *iustitiam colere* –cultivar la justicia– y dar noticia de lo justo *aequum ab iniquo separantes*. Sin duda que entre la mayoría de los juristas modernos –educados en el positivismo– y los juristas romanos hay el abismo que separa el positivismo de la aceptación del derecho natural. Pero ya desde el principio debemos dejar constancia del equívoco que puede esconderse tras la negativa del jurista moderno a sentirse identificado con la descripción ulpianea.

4. Vide J. HERVADA-J. A. MUÑOZ, *Derecho* (Pamplona 1984), págs. 23 ss.

5. Entre estos últimos cabría incluir a O. W. HOLMES, *The Path of the Law*, 173; cit., por J. FINCH, *Introducción a la teoría del derecho*, cit., pág. 224.

Por de pronto, basta advertir que "lo legal" se llama, desde los antiguos griegos, *lo justo legal*, expresión ésta que ya en Aristóteles designa lo legal según el derecho positivo[6]. "Lo legal" es lo justo... legal, lo adecuado a la ley y, más concretamente, lo adecuado a la ley positiva. Por consiguiente, "lo legal" y "lo justo" son, al menos en el sentido indicado, rigurosamente sinónimos. Como "lo ilegal" es sinónimo de "lo inicuo". Son dos formas de decir lo mismo.

b) Desde luego que entre un jurista romano y muchos juristas modernos hay una serie de cosas que los separan –normativismo frente a realismo, subjetivismo frente a objetivismo, positivismo frente a iusnaturalismo, etc.– y no es ahora el momento de entrar en ellas. Nos remitimos a la historia del pensamiento jurídico. Lo que nos interesa señalar es que cuando un jurista moderno rechaza la sinonimia entre lo justo y el derecho o *ius* tal como la establece el Digesto, está operando mentalmente con un concepto de justicia muy distinto de aquél con el que operaron los juristas hasta el s. XVIII y con el que operan todavía los seguidores del realismo jurídico clásico. La "justicia" que tienen en la mente tantos juristas modernos es otra cosa que la justicia en sentido romano. Una es la *justicia idealista* y otra es la *justicia realista*.

c) A partir de Kant se produjo un giro en el concepto de justicia. La justicia pasó a entenderse como una forma *a priori* del derecho, bien como idea de derecho (según algunos autores, que identificaron así derecho y justicia), bien como ideal del derecho: en definitiva, la justicia como idea o ideal. Esta es la que hemos llamado justicia idealista, una noción incardinada en la filosofía del mismo nombre. A ello se ha unido el uso y abuso del término justicia por la filosofía y la praxis políticas: la justicia como ideal al que tender, el ideal de una sociedad justa, de unas estructuras sociales justas. Naturalmente que, entendida así la justicia, no cabe duda de que asignar lo justo como objeto del oficio de jurista

6. Cfr. *Ethica Nicomachea*, V, 7, 1134 b, ed. I. Bywater, SCBO (Oxonii 1962).

resulta demasiado pretencioso. Y no sólo pretencioso en demasía, sino sencillamente falso. No es función del jurista implantar un ideal de justicia ni establecer una sociedad idealmente justa; eso es función de los políticos. Es a ellos a quienes corresponde esa función, no a los juristas. Si unos obreros consideran injustos, por bajos, los salarios que perciben –convenidos con la empresa por contrato o por convenio colectivo– no es al juez a quien deben acudir, ni a quien acuden, sino que deben recurrir a medios políticos: huelga, negociación, etc. Establecer unas estructuras sociales justas según un ideal de justicia corresponde a los partidos políticos, no a los Colegios de Abogados, ni a la Magistratura. Es evidente. Si esto fuese la justicia de la que habla Ulpiano, sin duda los juristas romanos hubiesen errado mucho al identificar el derecho con lo justo. Más seguro aún: nunca hubiesen establecido la sinonimia; hubiese sido un error demasiado grueso y, también, demasiado idealista para su genio realista y práctico.

d) La justicia de los juristas romanos –la justicia en sentido clásico– es una justicia realista. No es una idea, ni un ideal –radicado por tanto en el intelecto, en la razón–, sino una virtud de la voluntad. Esta es la clásica definición de Ulpiano, contenida en D. 1,1,10: "Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi". La constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho. Es la justicia una cualidad de la voluntad consistente en un hábito –constancia y perpetuidad–, algo totalmente ajeno a ser idea o ideal. ¿Y qué es lo que quiere la voluntad justa? Lo querido es dar a cada uno su derecho. No un ideal, sino el derecho concreto y real de cada uno, el que corresponde a las personas en las relaciones jurídicas: la parte de la herencia que toca a cada heredero según el testamento o la ley, el precio estipulado en una compraventa, la cosa depositada que hay que devolver, el salario convenido, etc. Es decir, exactamente aquello sobre lo que dictamina un juez, lo que alega el abogado, etc. Lo que muchos juristas modernos llaman "lo legal", "el derecho subjetivo", "el interés jurídicamente protegido", etc., es lo que el jurista romano –sin olvidar las diferencias de pensamiento aludidas– llamó "lo justo". La descripción romana del oficio de

jurista –que aceptamos como correcta– está lejos de ser pretenciosa, porque la justicia de la que habla no es ningún ideal social o político, sino la modesta justicia realista, la que hace que dictar sentencia se diga "hacer justicia", que acudir a los tribunales se llame "acudir a la Justicia", etc. Es la justicia que consiste en algo tan práctico y corriente como dar a cada cual lo que le pertenece según un título determinado y particular.

e) Otra aclaración. No faltan quienes, atribuyendo erradamente al realismo jurídico clásico algo propio del idealismo, afirman que, al identificar el derecho con lo justo, el derecho y la justicia se entienden como la misma cosa, es decir, se identifican justicia y derecho. A esto hay que responder que ni el derecho ni la justicia son ideales ni hay tal identificación entre justicia y derecho. La justicia es una virtud, el derecho es aquello que es propio de cada uno; el derecho no es la justicia, sino el objeto de la justicia. Derecho y justicia son cosas *toto coelo* distintas. Confundir e identificar la justicia con lo justo es propio del idealismo; en ningún caso tal cosa puede atribuirse al realismo. Justicia y lo justo son cosas realmente distintas y ninguna es un ideal: lo justo es el objeto de la justicia, de modo que ambos se distinguen como la virtud y su objeto.

4. NECESIDAD SOCIAL A LA QUE SUBVIENE EL OFICIO DE JURISTA. En la descripción de la justicia, el objeto de ella está identificado como el derecho de cada uno: "ius suum cuique tribuendi". Este objeto de la justicia coincide con el objeto de la ciencia jurídica o arte del derecho, denominado lo justo: *iusti scientia*. Aparecen, pues, dos sinónimos, como hemos puesto de relieve: el derecho de cada uno y lo justo son lo mismo[7]. En otro texto del Digesto hay una tercera expresión, que es asimismo sinónima de las dos anteriores: *suum*, lo suyo. Está recogida esa expresión en D. 1,1,10: "Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere,

7. "Idem juristae nominant jus quod Aristoteles justum nominat". *Los juristas llaman derecho a lo que Aristóteles llama lo justo*. TOMÁS DE AQUINO, *In X libros Ethicorum expositio*, V, lect. XII, 1017.

alterum non laedere, suum cuique tribuere". Estos son los preceptos del derecho, vivir honestamente, no dañar al prójimo, dar a cada uno lo suyo. La expresión "ius suum cuique tribuendi" queda sustituida por "suum cuique tribuere". Dar a cada uno su derecho es lo mismo que dar a cada uno lo suyo. Lo suyo es el derecho de cada uno. Y eso es precisamente lo justo.

Puede advertirse nuevamente que lo justo no es ningún ideal; es cabalmente la cosa concreta que, de una u otra forma, puede calificarse de suya respecto de un sujeto: la casa que se tiene en propiedad o arrendamiento, el cargo que uno ostenta, las expectativas debidas en derecho, etc.

Esto nos pone de relieve la necesidad social a la que responde el oficio de jurista. Todo oficio tiene una utilidad, responde a una necesidad social o particular. El oficio de sastre responde a la necesidad de vestir, el de profesor a la necesidad de la instrucción y educación, el de político y gobernante a la necesidad de administrar la cosa pública, etc. Sin una necesidad, el oficio carece de sentido y desaparece. ¿Cuál es la necesidad a la que responde el oficio de jurista? Nos contestan a la pregunta las fórmulas romanas ya transcritas. El oficio de jurista nace en el contexto de las relaciones sociales ante la necesidad de que cada cual tenga pacíficamente en su poder aquello que le pertenece, surge ante la necesidad de que cada cual tenga *lo suyo*. El oficio de jurista se origina, pues, en el contexto de un hecho: las cosas --las distintas cosas que están en la esfera de dominio, apropiación y atribución propia de la persona humana-- están repartidas y atribuidas a distintos sujetos. No todo es de todos. Por el contrario, hay una multitud de cosas que están atribuidas a los distintos sujetos según muy diversas formas.

Supuesto este fenómeno de reparto de las cosas y la necesidad de que cada cual posea efectivamente lo suyo, surge la necesidad de que se conozca lo que a cada uno corresponde. Por una parte, hace falta saber qué es lo atribuido a cada uno y de que forma está hecha esa atribución: de quién son cada una de las cosas (quien es el propietario, quien el usufructuario, etc.) y en calidad de qué las tiene atribuidas (en calidad de arrendador, de padre de familia, etc.). Por otra parte, es necesario conocer qué es lo que corres-

ponde a cada titular (qué es lo propio del usufructuario, qué funciones corresponden a cada cargo, etc.). Todo este conjunto de cuestiones y problemas forma la problemática cuya solución pertenece al arte del derecho o ciencia jurídica. Responder a ella es oficio del jurista.

De lo cual se deduce que el oficio de jurista subviene a una necesidad fundamental de la vida del hombre en sociedad.

5. EL OFICIO DE JURISTA COMO UN SABER PRUDENTE. *a*) Hemos visto denominar al arte del derecho como jurisprudencia, lo que es equivalente a considerar que saber discernir el derecho es una clase o tipo de prudencia. Calificar el arte del derecho como prudencia está de acuerdo con su cualidad de ciencia práctica. Es, en efecto, la prudencia una virtud intelectual o dianoética, la virtud del correcto obrar moral, lo cual está en relación con la justicia, virtud también moral. Ello nos pone de relieve que la actividad jurídica depende de dos virtudes que están en la base del oficio de jurista: la justicia y la prudencia.

b) Dentro del obrar humano, la razón y la voluntad tienen misiones complementarias. A la voluntad corresponde el querer la acción; de la razón es propio saber realizar correctamente la acción. Por eso la prudencia da la regla de la acción y es la que guía la fuerza de la voluntad. No es una excepción el obrar jurídico. Si la acción jurídica o acción justa consiste en dar a cada uno lo suyo, su derecho, lo cual es obra de la justicia –radicada en la voluntad–, el saber obrar correctamente –saber dar a cada uno lo suyo en el momento y plazo adecuados– es propio de la prudencia jurídica o jurisprudencia. En definitiva, como en el resto del actuar humano, la actividad jurídica requiere *saber* y *querer*, saber dar a cada uno lo suyo y querer darlo. Querer es propio de la voluntad justa, saber es propio de la razón prudente. La actividad jurídica es obra del hombre justo y prudente.

c) El jurista aparece en el orden de la actividad jurídica como perito o experto, esto es, como poseedor de una ciencia o

capacidad de discernimiento[8], no como titular de dicha actividad. El jurista no es el hombre que debe actuar en justicia, el que debe dar al otro lo suyo. En un proceso, por ejemplo, los sujetos de la actividad jurídica, tanto el que debe dar al otro lo suyo, como el que reclama su derecho, son las partes. El juez simplemente sentencia, *dice* lo que en definitiva pertenece a las partes y lo que a cada una corresponde hacer. Asimismo, el abogado es el consejero de las partes y el defensor de sus intereses, no es él sujeto de la actividad jurídica –de la acción justa o de la acción de reclamar el derecho–, se limita a decir y aconsejar a éstas la conducta que estima correcta; en todo caso, puede actuar en su nombre, haciendo lo que corresponde a las partes, pero esto sobrepasa los límites estrictos del oficio de jurista.

El jurista no es el sujeto de la actividad jurídica, pero aparece en relación a ella como el que sabe discernir lo justo, descubrir lo suyo, decir el derecho de cada uno. Es el experto, el perito o prudente: el jurisprudente o jurisperito, cuya actividad se desarrolla en el ámbito del saber. Es titular de la prudencia del derecho.

d) La prudencia del derecho o jurisprudencia, no es otra cosa que la prudencia de lo justo, pues derecho, lo justo y lo suyo son sinónimos, como hemos visto. Lo cual nos pone de manifiesto un dato importante. La perspectiva del jurista es la perspectiva de la justicia, de lo justo; en otras palabras, es la perspectiva de la acción justa. Se trata de decir, de declarar lo que se debe hacer para dar a cada uno su derecho en el caso concreto, en la relación jurídica particular de que se trate.

Desde esta perspectiva debe elaborarse el sistema de definiciones y conceptos propio de la ciencia jurídica y de la filosofía del derecho. No es la perspectiva del poder la propia del jurista ni la del filósofo del derecho –por más que sean muchos los que así lo hacen–, por lo cual el concepto clave o central no es el de norma o ley, como ocurre si se adopta una perspectiva política (de

8. "Jurisprudentia est virtus seu sapientia". *La jurisprudencia es virtud o sabiduría.* CUJACIO, *Recitationes solemnes in Titulum 1, lib. I, Digestorum de Justitia et Jure*, Ad L. X. Justitia est constans, en *Operum tomus septimus* (Neapoli 1722), col. 52.

ordenación de la sociedad). El concepto central de la ciencia jurídica y de la filosofía del derecho es la de *ius* o derecho, entendido éste desde la perspectiva de la justicia, esto es, no como poder o facultad moral –mucho menos como norma–, sino como lo suyo de cada uno, la cosa que, en una relación jurídica, debe darse a su titular. Es la lógica y correcta conceptuación desde la perspectiva propia del jurista.

6. CONSECUENCIAS. *a*) La perspectiva desde la que se observa y estudia la realidad es lo que distingue formalmente las ciencias y da la pauta para la construcción y elaboración del sistema de conceptos y definiciones de cada una de ellas. La perspectiva de la ciencia del derecho y de la filosofía jurídica, es la perspectiva del oficio de jurista. Y esta perspectiva, lo acabamos de ver, es la perspectiva de la acción jurídica o dar a cada uno lo suyo.

Por lo tanto, no son la ordenación social ni la ingeniería social o los fenómenos de poder esa perspectiva. Desde esas perspectivas –tan frecuentes entre juristas y filósofos del derecho modernos–, el concepto fundamental es el de norma o ley –orden impuesto por el poder–, que se constituye así como el concepto clave del sistema jurídico y de la filosofía del derecho. Todo el sistema se hace descansar sobre la norma y su problemática: la interpretación, la validez, la legitimidad, la coactividad, etc. A su vez, el derecho es visto fundamentalmente como un fenómeno de poder, como un mandato que surge de la voluntad del legislador. El fenómeno jurídico se presenta así como un sistema de normas vinculante y coactivo. En todo caso, la realidad jurídica aparece como un sector de la vida social ordenado y valorado por la norma

Desde la perspectiva del jurista, la norma sigue siendo importante y la interpretación de la ley no deja de ser función muy relevante del jurista, pero el centro del sistema no es la ley, sino el derecho, cosa distinta de la norma, pues es lo suyo de cada uno, aquello que, de varias formas, está atribuido a los diversos agentes sociales y hay que dar a quien le pertenece.

b) Términos como *derecho* y *jurídico* se cargan de este modo de una significación peculiar y propia. Lo que constituye el fenómeno jurídico es el conjunto de realidades –también la norma– que tienen relación con el derecho entendido en sentido realista, en torno al cual bascula todo el sistema. Así, por ejemplo, la ley es parte del fenómeno jurídico, no por sí misma, sino por su función respecto del derecho, por cuanto es causa y medida suya; y si recibe el nombre de derecho, es en sentido derivado y por analogía de atribución. Algo similar podemos decir del derecho subjetivo.

c) Si *derecho* es aquello que está atribuido a un sujeto, la perspectiva desde la cual aparece ante el jurista es la de ser algo que debe darse; por eso el derecho aparecerá ante todo como lo debido. A su vez, *jurídico* es adjetivo que designa lo relativo al derecho; esto es, designa las cosas que están en relación con el derecho, precisamente según esa relación. Jurídico no designa, pues, lo que corresponde al orden social coactivo, sino lo que atañe al *ius* o derecho. Y así, por ejemplo, norma jurídica no lo es sólo la ley, sino cualquier norma que sea causa o medida del derecho.

7. FUNCIÓN SOCIAL DEL JURISTA. El oficio de jurista atiende a remediar una necesidad social. Declarar el derecho se inserta en el proceso de establecimiento del orden social justo, entendiendo por tal que cada persona vea reconocido y respetado su derecho, de modo que esté en pacífica posesión y disfrute de lo suyo. Lo que se trata de implantar es un orden social, o por mejor decir, una dimensión del orden propio de la sociedad humana. En este sentido, la ciencia del derecho es una ciencia social, un saber acerca de la ordenación de las relaciones sociales.

El interés del jurista no es el hombre considerado en su individualidad, no es la realización personal del hombre o búsqueda de su perfección personal; no mira la armonía interna de la persona ni su realización en las virtudes, todo lo cual es presupuesto para la vida social, pero no la vida social misma. La armonía que busca el jurista es la armonía social, la propia de las relaciones sociales y, en concreto, aquella que se alcanza cuando

los miembros de la sociedad humana tienen reconocido y respetado aquello que es suyo, lo que les pertenece.

La función del jurista es, pues, una función social, una operatividad en orden a la socialidad humana, de modo que ésta se estructure y se desenvuelva conforme a derecho.

De donde se deduce que lo que es propio del jurista en cuanto tal no es la justicia en su dimensión personal –la armonía virtuosa de la persona–, o sea, la realización personal del hombre como justo, sino la obra de la justicia, el resultado social o armonía social que es fruto de la justicia. En este sentido, la ciencia del derecho tiende a los resultados, es una ciencia de resultados sociales, que es lo que está en el orden de su finalidad.

8. SUPUESTOS SOCIALES DEL OFICIO DE JURISTA. *a*) Tratemos ahora de determinar cuál sea aquella realidad social fundamental desde la que se origina el oficio de jurista; qué es lo que ocurre en la vida social, que hace surgir la necesidad del arte o ciencia del jurista.

El oficio de jurista, como experto del derecho, aparece en el contexto de dar a cada uno lo suyo. Porque existe la necesidad de dar a cada uno lo suyo y para subvenirla, es preciso determinar qué es lo de cada uno y de qué modo y en qué circunstancias hay que darlo; por todo ello nace el arte del derecho. En consecuencia, los supuestos sociales del oficio del jurista son dos: la existencia de lo suyo y la necesidad de darlo. Lo primero indica que las cosas están repartidas; lo segundo, que están o pueden estar en poder de otros[9].

La existencia del reparto de las cosas es el primer supuesto. En efecto, si existe lo suyo –esto es, lo mío, lo tuyo, lo suyo– es que no todo es de todos ni nada es de nadie. Si se diese alguna de estas dos hipótesis –todo es de todos, nada es de nadie– no se daría lo suyo y, por lo tanto, no existiría la necesidad de darlo. El fenómeno jurídico aparece en virtud del reparto de las cosas. Allí donde hay reparto, hay cosas atribuidas, distribuidas, pues es el

9. Vide J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, cit., págs. 23 ss.

reparto lo que atribuye y distribuye las cosas. Y si hay cosas atribuidas, repartidas, hay lo suyo. Así, pues, el hecho social del reparto de las cosas es el primer supuesto del oficio de jurista. El jurista es el que sabe del reparto de las cosas; no cómo repartirlas –que es oficio del político, entre otros–, sino cómo están repartidas. No es, en efecto, la necesidad del reparto, de distribuir y atribuir las cosas, lo que genera el oficio de jurista, sino la existencia de lo suyo, esto es, el reparto ya hecho. El jurista es, pues, el que conoce y discierne cómo están repartidas las cosas.

b) En principio, cada uno tiene lo suyo, está en posesión de lo que le pertenece y, por lo tanto, no hay que dárselo. En consecuencia, para que intervenga la necesidad de dar a cada uno lo suyo, es preciso que la pacífica tenencia y posesión de lo que a cada uno pertenezca sea interferible por los otros, esto es, que la cosa de uno –sin dejar de ser suya– pase o pueda pasar al poder de otro. Entonces es cuando aparece la necesidad de que se dé –esto es, se devuelva, entregue, etc.–, la cosa al titular. En otras palabras, es preciso que la cosa pueda salir o haya salido de la esfera de dominio y posesión del titular y esté en manos ajenas. Dada esta situación, hay que dar al titular lo suyo. Que las cosas estén o puedan estar en poder de otro, es el segundo supuesto social del oficio del jurista.

c) Dos son, genéricamente hablando, las causas de que las cosas de un titular estén en poder de otro. Primeramente, por el hecho de las relaciones sociales entre los hombres, que da lugar al intercambio y traslado de los bienes de una a otra mano: por ejemplo, el depósito, en cuya virtud el propietario deposita un objeto en manos de otra persona para su custodia; o el préstamo por el cual una cosa es dejada a una persona por un tiempo determinado, etc. Son múltiples las formas por las cuales las cosas pasan a poder de persona distinta de su titular, sin dejar de estar atribuidas a ese titular. De un modo u otro, en un momento o en otro, la cosa debe ser devuelta, restituida, lo que da lugar al deber de dar a cada uno lo suyo.

La segunda causa de las señaladas es la injusticia, es decir, el apoderamiento o interferencia injustos de la pacífica tenencia y posesión de las cosas de cada uno. El robo, la retención ilícita, las lesiones, la desobediencia al poder legítimamente constituido, etc., son otros tantos ejemplos de lo dicho. En todos los casos se produce un ataque o interferencia lesiva en el derecho, en lo suyo de una persona, generándose el deber de restitución, de restablecimiento de la situación de derecho (de dar al lesionado lo suyo).

BIBLIOGRAFÍA

U. ÁLVAREZ, *La jurisprudencia romana en la hora presente* (Madrid 1966); B. BIONDI, *Arte y ciencia del derecho*, ed. castellana (Barcelona 1953); ID., *Scienza giuridica come arte del giusto*, en "Jus", I (1950), págs. 145 ss.; A. D'ORS, *Una introducción al estudio del derecho* (Madrid 1982); A. HERNÁNDEZ GIL, *El abogado y el razonamiento jurídico* (Madrid 1975); ID., *La ciencia jurídica y el problema de su transformación* (Madrid 1977); J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, 5ª ed. (Pamplona 1988), págs. 15 ss.; J. HERVADA-J. A. MUÑOZ, *Derecho* (Pamplona 1984), págs. 20 ss.; F. REINOSO, *Iuris Auctores (Reflexiones sobre la jurisprudencia romana y el jurista actual)*, en "Estudios de Derecho Romano en honor de Álvaro d'Ors", II (Pamplona 1987), págs. 981 ss.; F. SENN, *Les origines de la notion de jurisprudence* (Paris 1926); M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho*, ed. castellana, I (Pamplona 1979), págs. 61 ss.

LECCIÓN V

LA JUSTICIA

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El orden justo. 3. La virtud de la justicia. 4. La definición común de la justicia. 5. Críticas a la definición común. 6. La justicia en el pensamiento jurídico moderno. 7. Caracterización de la justicia. 8. El centro de interés: la acción justa. 9. La fórmula de la acción justa: *a*) *Sentido del verbo dar. b*) *La expresión: a cada uno. c*) *Significado de lo suyo.* 10. La acción justa como acto segundo. 11. La justicia general y la justicia particular en relación al arte del jurista.

1. INTRODUCCIÓN. *a*) El oficio del jurista tiene una íntima relación con la justicia. Está en el orden de saber ser justo. Ciertamente el jurista no se confunde con el hombre justo, con la persona que debe obrar la acción justa o acción de dar al otro lo suyo. El jurista no es el que ha de realizar la obra de la justicia. Sin duda alguna el jurista, para ser fiel a su oficio y no corromperlo, necesita ser personalmente justo, en el sentido de amante de la justicia, pues de lo contrario dará oídos a la injusticia y sustituirá la prudencia del derecho por la falsa prudencia de la injusticia; se habrá corrompido. Con razón decía Tomás de Aquino que "la corrupción de la justicia tiene dos causas: la falsa prudencia del

sabio y la violencia del poderoso"[1]. Pero no es menos cierto que su misión no es la de dar él personalmente a cada uno lo suyo. Aquello que es propio del jurista es señalar lo que debe hacer el hombre para ser justo, para dar a cada uno lo suyo, esto es, para hacer la obra de la justicia. Su misión es discernir y señalar lo suyo de cada uno para que sea dado a su titular. Tener en cuenta esta peculiar y típica relación del jurista con la justicia es importante para advertir que la virtud específica del oficio de jurista no es la justicia sino la prudencia. El jurista no es *el justo*, sino *el jurisprudente*. Lo propio del jurista es un arte o ciencia práctica.

Sin embargo, no es menos cierto que el jurista es el prudente de la justicia. O, por decirlo con palabras que suenan más a los oídos contemporáneos, el jurista es el técnico o científico de la justicia. Por lo tanto se impone analizar la justicia, eso sí, no desde el punto de vista de la filosofía política o de la ética, sino desde la perspectiva del derecho o punto de vista del jurista.

b) Ya hemos dicho que todo el sistema de filosofía del derecho debe ser visto desde la perspectiva del jurista, mas no es ocioso recalcarlo al entrar en el análisis de la justicia, porque modernamente es muy frecuente traspasar a la filosofía jurídica la idea de justicia que la filosofía social y la retórica política suelen manejar. Es ésta una idea de justicia magnificada, si no en sí misma, sí al menos por lo que toca al jurista. Se impone, pues, una cierta desmitificación de la justicia en lo que atañe al jurista.

Es obvio que la justicia propia del jurista no es el equivalente a reforma social, progreso de los pueblos, desarrollo social, desalienación de la clase obrera, etc., aunque no cabe tampoco dudar de que, en cierta medida, tales fines pueden orientar, como principios interpretativos, algunos aspectos de la función del jurista.

La justicia de los juristas no es "la sociedad justa o solidaria", tal como la entienden –desde luego cada cual a su manera– los políticos. Es algo más modesto, mucho más práctico y tangible: la justicia del foro, que es la justicia del caso concreto. Pero en su

1. *Expositio in Librum Sancti Job*, cap. VIII, lect. 1; en *Opera Omnia*, ed. S. E. Fretté, XVIII (Parisiis 1876), pág. 54.

modestia, es la base de la vida social y una de las más altas virtudes humanas.

2. EL ORDEN JUSTO. *a*) El oficio de jurista responde a una necesidad social: que cada hombre y cada institución tenga lo suyo, aquello que le pertenece y corresponde. Y como sea que la vida social es dinámica y lo suyo de cada uno puede estar en situación de interferencia, se genera un dinamismo ordenado a establecer o restablecer la situación debida, que podemos describir con una fórmula de probada expresividad: dar a cada uno lo suyo. En relación con ese dinamismo aparece, según hemos visto, el oficio de jurista.

Si podemos calificar de necesidad social el establecimiento de la situación debida –tener cada uno lo suyo– es porque tal situación constituye un orden o armonía –proporción– sociales, en el que cada cosa está en la correcta relación respecto de su titular, lo cual da lugar a un orden o armonía en la comunidad humana. Estamos ante el *orden social justo* o simplemente *orden justo*. Cualquier ruptura o alteración de esa correcta relación produce una anomalía, un desorden o disarmonía sociales: el orden injusto, la situación o la estructura injustas.

Si hablamos de orden y armonía, calificamos a dicha situación social de un bien, lo cual quiere decir que es concorde con la persona humana. En efecto, no se trata sólo de un orden *satisfactorio*, que satisface determinados deseos o estimaciones de los hombres, sino de un orden *necesario* para la persona y la sociedad. Tal armonía es una exigencia de la persona humana, por su calidad de ser que domina su propio ser y su entorno, esto es, en su calidad de ser que tiene cosas verdaderamente suyas. En cuanto a la sociedad, nada mejor que traer a colación unas conocidas palabras de Dante: esa armonía o proporción *servata hominum servat societatem, et corrupta corrumpit*[2]; guardada conserva la sociedad de los hombres y corrompida la destruye.

Por lo tanto, la armonía u orden social que proviene de la correcta relación de las cosas respecto de sus titulares –el orden

2. *De Monarchia*, II, V.

justo– no es un simple hecho, sino que pertenece a la categoría del deber-ser: debe darse a cada uno lo suyo. El Digesto lo expresa bajo la fórmula de *praeceptum iuris* o norma primordial del derecho, verdadera *Grundnorm* o norma fundamental del orden jurídico. En realidad, es el primer principio de la razón práctica por lo que atañe al orden de la conducta jurídica.

No ha de pasar por alto que a "debe darse a cada uno lo suyo" se le llame *praeceptum iuris* (no *praeceptum iustitiae*), porque, en efecto, el imperativo del deber es la expresión de la obligatoriedad del derecho, de modo que esa armonía o proporción es deber-ser por razón del *debitum* inherente al derecho.

3. LA VIRTUD DE LA JUSTICIA. *a*) Todo deber-ser comporta un hecho correlativo: el cumplimiento del deber-ser, su realización. A ello se ordena la idea misma de deber: lo que se debe, se hace. En este orden del cumplimiento aparecen las virtudes, las cuales no están en el plano del deber-ser, sino en el de su cumplimiento. No es virtuoso el hombre porque tenga deberes, sino porque los cumple. Las virtudes son hábitos –cualidades– de las potencias humanas, que inclinan al cumplimiento del deber. Ellas mismas no son juicios deónticos –juicios de deber–, sino disposiciones del ser humano –cualidades– a obrar según los juicios deónticos. Por lo tanto, no pertenecen al deber-ser (*Sollen*), sino al ser (*Sein*), aunque en relación a un deber-ser[3].

Pues bien, supuesto que debe darse a cada uno lo suyo y que esto constituye un bien social, la correcta disposición del hombre a cumplir con el deber-ser jurídico es una virtud. Y a esa virtud se la llama justicia: la virtud de la justicia. Es la virtud cuyo acto –la acción justa– consiste en dar a cada uno lo suyo. Es, por lo tanto, la virtud del cumplimiento y satisfacción del derecho.

Dado que la justicia está en el orden del cumplimiento de un deber-ser y su acto propio consiste en un obrar, es una cualidad –hábito– de la potencia operativa del hombre, esto es, de la

3. Sobre este punto vide J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, cit., págs. 32 ss.

voluntad humana. Consiste, pues, en la disposición habitual de la voluntad de querer dar a cada uno lo suyo.

Como virtud de la voluntad, es decir, como virtud operativa, la justicia está en relación con un *dinamismo social*, dice relación a la vida social. ¿Qué dinamismo? Aquél, antes aludido, en el que, al darse a cada uno lo suyo, se hace y se construye el orden social justo. La justicia es virtud dinámica, que opera en el *fieri* del orden justo; es virtud de la acción (en su caso, de la omisión).

b) Tres cosas son, pues, opuestas a la verdadera concepción de la justicia. De un lado, entender la justicia como deber; la justicia, como virtud que es, pertenece al *Sein*, al ser, pues es una disposición entitativa de la voluntad. Es virtud por relación a un *Sollen* o deber-ser, la norma primordial del derecho, pero ella misma no es ese deber-ser, no es un juicio deóntico.

Por otro lado, no se puede confundir la justicia con una dimensión de la realidad, con un orden o armonía; la justicia no es el orden justo, sino la virtud de tender a establecer el orden justo[4]. El orden o armonía no es una dimensión primigenia de la justicia –la cual la proyectaría en lo actuado por ella–, sino que la virtud es armónica, porque su objeto –lo suyo de cada uno– es una cosa proporcionada, armónica, pues en la justicia –como luego se verá– la rectitud no la da primariamente el sujeto, sino el objeto.

Por último y en tercer lugar, la justicia no pertenece al intelecto: no es un juicio o idea. La justicia pertenece a la voluntad y está en el orden del querer. No pueden, pues, considerarse adecuadas aquellas concepciones que dan a la justicia un estatuto intelectual, en lugar de un estatuto volitivo.

4. LA DEFINICIÓN COMÚN DE LA JUSTICIA. *a*) Vista en términos generales la virtud de la justicia, hay que pasar a hacer

4. No faltan quienes, distinguiendo entre justicia-virtud o justicia subjetiva y justicia-orden o justicia objetiva, llaman justicia (objetiva) al orden justo. La justicia en este caso sería, además de virtud, una *proporción* o dimensión de la realidad social. Esta terminología, que posee antiguos precedentes y se basa en un uso frecuente, tiene el inconveniente de introducir confusiones no pequeñas en materia de justicia y de derecho.

una serie de precisiones acerca de ella. Y en primer lugar debemos ocuparnos de su definición.

Aunque a lo largo de la historia son varias las definiciones que se han dado de la justicia, hay una que es la común y prácticamente universal. Es, a la vez, la más sencilla, la más antigua y también, con mucho, la más extendida: la justicia es la virtud de dar a cada uno lo suyo, su derecho. De esta definición nos ocuparemos en las páginas que siguen.

b) La captación de la norma fundamental del orden jurídico y la correspondiente captación de que la disposición a dar a cada uno lo suyo constituye un aspecto del orden básico de la persona humana son tan antiguas como la humanidad; en efecto, el *praeceptum iuris* de referencia es una aplicación inmediata de los primeros principios de la razón práctica, de conocimiento universal por lo tanto, y consecuentemente es universal el conocimiento de la bondad ética de la correspondiente disposición a cumplirlo. Pero por otra parte, la elaboración de la teoría de las virtudes, su división y su denominación han sido fruto de un proceso cultural, en el que han intervenido tanto la sabiduría popular, como el pensamiento filosófico. Por lo tanto, el nombre de justicia, su identificación precisa –su definición–, su distinción de otras virtudes, etc., han sufrido una cierta evolución, que a continuación se expone sucintamente.

c) Con el antecedente de *thémis*, la palabra griega que primero designó la justicia fue *díke*, que primitivamente significó tanto la acción judicial o el proceso como la sentencia del juez, para pasar a denominar el derecho y la justicia[5]. En tanto que el derecho y la justicia constituyen la médula del orden social, *díke* fue usada por los primeros filósofos griegos –trasponiendo al mundo en general

5. También la regla y manera de ser u obrar. Cfr. A. BAILLY, *Dictionnaire grec-français*, ed. revisada por L. Séchan y P. Chantraine (Paris 1950), pág. 511; P. CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque. Histoire des mots*, I (Paris 1968), pág. 283; H. STEPHANO, *Thesaurus graecae linguae*, III (Graz 1954), cols. 1486 ss.; H. G. LIDDELL-R. SCOTT, *A Greek-English Lexicon* (Oxford 1961), pág. 430.

las categorías sociales[6]– para designar el orden cósmico (Anaximandro, Heráclito), el orden de los seres (Parménides) y también el orden social de la *pólis*; en el plano personal, este orden o armonía era la bondad moral[7]. Con ello la *díke* o justicia adquirió un sentido objetivo, como el orden o armonía, bien del mundo, bien de la *pólis*, bien de la persona. Así la *díke* resultaba ser orden objetivo y virtud. Pronto, sin embargo, la virtud se denominó por un derivado de *díkaios* –justo–, el término *dikaiosyne*[8] (la virtud del justo), que terminó por imponerse. *Dikaiosyne* representó la virtud de la justicia de la misma forma que *díke*; es decir, poseyó el sentido de virtud particular –el juez que dicta sentencia conforme a derecho, el comerciante que cobra el precio justo y no defrauda en la mercancía, etc.– y tuvo también un sentido general y omnicomprensivo, que, común a otras lenguas, no ha perdido hasta hoy: la justicia como la suma de virtudes del hombre, de modo que el hombre justo equivale al hombre lleno de virtudes[9]. Cómo se pudo realizar este traspaso del hombre justo –en el sentido particular de dar a cada uno lo suyo– al hombre virtuoso se explica, porque ser justo siempre ha equivalido a cumplir las leyes y la virtud es el cumplimiento de las leyes morales. Así, en el antiguo Israel, el justo era el que cumplía el pacto con Dios

6. Vide A. TRUYOL, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, I, 7ª ed. (Madrid 1982), págs. 101 s.

7. Vide M. MOIX, *Díke. Nuevas perspectivas de la justicia clásica* (Madrid 1968), págs. 17 ss.; W. JAEGER, *"Paideia". Los ideales de la cultura griega*, 3ª ed. castellana (México 1982); R. HIRZEL, *Themis, Díke und Verwandtes* (reimpr. Hildesheim 1966).

8. Cfr. H. G. LIDDELL-R. SCOTT, *A Greek-English Lexicon*, cit., pág. 429; P. CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique...*, cit., pág. 283; A. BAILLY, *Dictionnaire grec-français*, cit., pág. 510; H. STEPHANO, *Thesaurus graecae linguae*, III, cit., col. 1478.

9. Así se encuentra en los pitagóricos. Polo Lucano, por ejemplo, escribió: "Me parece que la justicia entre los hombres merece ser llamada madre y nodriza de las demás virtudes, ya que sin ella nadie puede ser, ni temperante, ni fuerte, ni prudente". *Libro de la Justicia* (MOIX, 26). Para Theages: "La justicia es cierta conjunción de las correspondientes partes del alma y virtud perfecta y suprema: en la que se contienen todos los demás bienes del alma, y sin la que éstos no pueden tener existencia". *Libro de la Virtud* (MOIX, 27).

expresado en el conjunto de preceptos morales, rituales y jurídicos de la Ley de Moisés[10].

La *dikaiosyne* o justicia adquirió, pues, un doble sentido en el lenguaje, que hasta Aristóteles no sería puesto de manifiesto en la teoría de las virtudes: la justicia como una virtud particular –el juez justo, el comerciante justo, el gobernante justo– y la justicia como la virtud total. Antes de Aristóteles esta duplicidad no dio lugar a una doble noción de justicia, sino que ambas se entremezclaron.

d) El testimonio más antiguo de la fórmula clásica de la justicia es el de Simónides, según lo recoge Platón[11], sin ser propiamente una definición de ella. Lo justo –dijo al parecer el poeta griego– consiste en "dar a cada uno lo que le es debido (lo que se le debe o adeuda)"[12]. La fórmula resultaba bastante exacta, pues, en lo que atañe a la justicia, lo suyo que hay que dar a cada persona le es debido; sin embargo Platón problematizó la fórmula y en cierto sentido la desfiguró[13]. El de Simónides es uno de los testimonios

10. Como ejemplo, puede verse Lc 1, 5-6: "Hubo en tiempos de Herodes, rey de Judea, un sacerdote llamado Zacarías, de la familia de Abías; y su mujer, descendiente de Aarón, se llamaba Isabel. Ambos eran justos ante Dios, y caminaban intachables en todos los mandamientos y preceptos del Señor".

11. En PLATÓN, *Res Publica*, I, 6, 331 e, ed. J. Burnet, SCBO (Oxonii 1967). Esta descripción no se encuentra en los textos de Simónides conservados.

12. "– Di, pues –requerí yo–, tú que has heredado la discusión, ¿qué es eso que dijo Simónides, acertadamente a tu ver, acerca de la justicia?
– Que es justo –repuso él– dar a cada uno lo que se le debe; y al decir esto, me parece a mí que habló bien".

La versión castellana usada es la de J. M. Pabón y M. Fernández Galiano, I (Madrid 1949), pág. 9.

13. Platón, que no se muestra aquí buen conocedor del arte del derecho, crea un problema artificial sobre el dicho de Simónides, a propósito de la hipotética devolución del depósito al depositante que la pide sin estar en su sano juicio. Tan sencillo problema -mal resuelto por él- se le vuelve tormentoso y le hace decir que Simónides "envolvió poéticamente en un enigma lo que entendía por justicia" (332 b). Esto le lleva a interpretar "lo debido" por "lo apropiado o conveniente" (332 c), con lo cual deforma el sentido obvio del término "debido" o "adeudado".

más antiguos del concepto de justicia, más exacto que el de otros filósofos, como, por ejemplo, el del Sócrates histórico, tal como nos lo ha transmitido Jenofonte. Para Sócrates –en un diálogo con el sofista Hipias–, lo justo es lo legal, el respeto y obediencia a las leyes, tanto las escritas, como las no escritas, esto es, tanto las leyes humanas como las leyes divinas. Sócrates, al menos en este paso, ciñó excesivamente lo justo a un tipo o clase suyo: lo justo legal[14].

En la misma línea de defectuoso criterio jurídico, aunque con gran acierto moral, Platón enlaza la fórmula de Simónides con la cuestión ética del trato con los amigos y enemigos. Sería justo -según una extendida regla– hacer el bien a los amigos y el mal a los enemigos. De esta regla son testimonios, entre otros, Píndaro (*Píticas*, II, 83 ss.: "Ame yo a mi amigo; contra el enemigo me lanzaré insidiosamente a manera de lobo") y Esquilo (*Coéforas*, 123: "es piadoso corresponder con males al enemigo"). Contra esta extendida práctica reacciona Platón: "Por tanto, si alguien afirma que es justo el dar a cada uno lo debido y entiende con ello que por el hombre justo se debe daño a los enemigos y beneficio a los amigos, no fue sabio el que tal dijo, pues no decía verdad; porque el hacer mal no se nos muestra justo en ningún modo" (335 e). No es ésa una cuestión de justicia, por lo que se advierte cómo Platón moraliza esa virtud, ampliándola y, en cierto sentido, desfigurándola.

En Mt 5, 43-44 se trata de esa regla, también extendida entre los judíos, en el contexto ético que le es propio y con una evidente superioridad moral: "Habéis oído que se dijo: Amarás a tu prójimo y odiarás a tu enemigo. Pero yo os digo: Amad a vuestros enemigos y rezad por los que os persigan y calumnien". Todavía en la Edad Media se encuentran rastros de la regla pagana aludida: "Pues la justicia es triple: la justicia de Dios, la justicia del hombre y la justicia del diablo, si es que puede decirse que el diablo puede tener alguna justicia. La justicia de Dios consiste en devolver bien por mal; la justicia del hombre es devolver bien por bien y mal por mal; la justicia del diablo es siempre devolver mal por bien". GODEFRIDO ADMONTENSE, *Homilia dominicalis LII*, en PL, 174, 350 s.

14. *Memorabilia*, IV, 4:

"– S. ... Yo digo que lo justo es aquello que es legal.
– H. ¿Quieres decir, Sócrates, que aquello que es legal también es justo?
– S. Sí.
[...]
– S. En consecuencia, quien se acomoda a las leyes es justo y quien las viola es injusto.
[...]

e) Una descripción singular de la justicia, aunque sea una variación dentro de la tradicional que acabamos de ver –a la que trastoca–, es la que propuso Platón en *La República*. No desconoce el gran filósofo griego la justicia como la virtud de dar a cada uno lo suyo, pues expresamente la menciona[15], pero no fija su atención en ella. Su idea de la justicia es la de la armonía de la *pólis*, el orden entre las partes o clases de ciudadanos –magistrados, guerreros y productores–, que se consigue cuando cada uno de los componentes de la *pólis* se dedica a su propio cometido[16].

– S. Yo, pues, oh Hípias, declaro que lo legal y lo justo son una misma cosa.
[...]
– S. ¿Conoces, Hípias, leyes no escritas?
– H. Sí, las que rigen en todos los países y tienen el mismo objeto.
– S. ¿Podrías decir que los hombres las han establecido?
– H. ¿Cómo sería esto, si ni se podrían reunir todos ni hablan la misma lengua?
– S. ¿Quién supones, pues, que ha promulgado estas leyes?
– H. Yo creo que los dioses han impuesto estas leyes a los hombres.
[...]
– S. Así, pues, Hipias, a los mismos dioses place que lo justo y lo legal sean una misma cosa".

15. *Res Publica*, IV, 10, 433 e:
"– Atiende ahora a esto otro y mira si opinas lo mismo: ¿será a los gobernantes a quienes atribuyas en la ciudad el juzgar los procesos?
– ¿Cómo no?
– ¿Y al juzgar han de tener otra mayor preocupación que la de que nadie posea lo ajeno ni sea privado de lo propio?
– No, sino ésa.
– ¿Pensando que es ello justo?
– Sí.
– Y así, la posesión y la práctica de lo que a cada uno es propio será reconocida como justicia.
– Eso es".
La versión castellana utilizada es la antes citada, II (Madrid 1949), pág. 87.

16. *Res Publica*, IV, 10 y 11, 434 b y c:
"– Pero, por el contrario, pienso que, cuando un artesano u otro que su índole destine a negocios privados, engreído por su riqueza o por el número de los que le siguen o por su fuerza o por otra cualquier cosa semejante, pretenda entrar en la clase de los

A su vez, la virtud personal –a imagen de lo que ocurre en la *pólis*– es la armonía del hombre, cuando cada una de las partes de su alma –lo irascible, lo concupiscible y lo racional– hace lo suyo propio: lo racional gobierna lo irascible y ambos domeñan lo concupiscible[17]; la justicia, pues, no se refiere a la acción exterior del hombre, sino a la interior sobre sí mismo y a las cosas que hay en él[18]. ¿Cuál es, pues, para Platón, la fórmula de la justicia? Es

guerreros, o uno de los guerreros en la de los consejeros o guardianes, sin tener mérito para ello, y así cambiar entre sí sus instrumentos y honores, o cuando uno solo trate de hacer a un tiempo los oficios de todos, entonces, creo, que tú también opinarás que semejante trueque y entrometimiento ha de ser ruinoso para la ciudad.

– En un todo.
– Por lo tanto, el entrometimiento y trueque mutuo de estas tres clases es el mayor daño de la ciudad, y más que ningún otro podría ser con plena razón calificado de crimen.
– Plenamente.
– ¿Y al mayor crimen contra la propia ciudad no habrás de calificarlo de injusticia?
– ¿Qué duda cabe?
– Eso es, pues, injusticia. Y a la inversa, diremos: la actuación en lo que es propio de los linajes de los traficantes, auxiliares y guardianes, cuando cada uno haga lo suyo en la ciudad, ¿no será justicia, al contrario de aquello otro, y no hará justa a la ciudad misma?
– Así me parece y no de otra manera -dijo él–".

Versión castellana citada, págs. 87 ss.

17. *Res Publica*, IV, 16, 441 c-443 b.
18. *Res Publica*, IV, 17, 443 d y e:

"– Y en realidad la justicia parece ser algo así, pero no en lo que se refiere a la acción exterior del hombre, sino en la interior sobre sí mismo y las cosas que en él hay; cuando éste no deja que ninguna de ellas haga lo que es propio de las demás, ni se interfiera en las actividades de los otros linajes que en el alma existen, sino que, disponiendo rectamente sus asuntos domésticos, se rige y ordena y se hace amigo de sí mismo y pone de acuerdo sus tres elementos...; y después de enlazar todo esto y conseguir de esa variedad su propia unidad, entonces es cuando, bien templado y acordado, se pone a actuar así dispuesto ya en la adquisición de riquezas, ya en el cuidado de su cuerpo, ya en la política, ya en lo que toca a sus contratos privados, y en todo esto juzga y denomina

ésta: "hacer cada uno lo suyo"[19].

Tal fórmula, pese a la autoridad de su autor, no tuvo continuadores; no podía tenerlos, porque no es así la justicia en sentido propio. Decir de la justicia que no se refiere a la acción exterior del hombre, sino a la interior sobre sí mismo, es justamente lo contrario de lo que es propio de ella, lo que muestra que Platón está describiendo algo distinto de la justicia en sentido propio; está hablando del orden moral interior del hombre: el equilibrio virtuoso de las potencias y apetitos. Y no es eso de lo que hablamos cuando nos referimos al juez justo o al comerciante justo. En cuanto al orden en la sociedad es claro también que la justicia platónica no expresa lo que queremos decir con una sociedad o unas estructuras justas, ni con las conductas justas de los ciudadanos. No es justo –por ejemplo– el juez porque se dedique a su propio oficio juzgador, sin intentar dar leyes, sino porque sus sentencias son conforme a derecho; ni un banquero es justo porque no se interfiera en política, sino porque no cobra intereses excesivos. Platón parece no haber captado bien el mundo del derecho, cosa, por lo demás, nada excepcional entre ciertos filósofos[20]. Además puede observarse en él una cierta confusión entre justicia y prudencia.

> justa y buena a la acción que conserve y corrobore ese estado, y prudencia, al conocimiento que la presida, y acción injusta, en cambio, a la que destruya esa disposición de cosas, e ignorancia, a la opinión que la rija.
>
> – Verdad pura es, Sócrates, lo que dices -observó–".

Versión castellana citada, págs. 106 ss.

19. *Res Publica*, IV, 10, 433 b: "Esto, pues, amigo -dije- parece que es en cierto modo la justicia: el hacer cada uno lo suyo". En este lugar, Platón plantea la fórmula, que corrobora en las páginas siguientes.

20. Sobre Platón vide, A. TRUYOL, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, I, cit., págs. 141 ss.; G. FASSÒ, *Historia de la Filosofía del Derecho*, ed. castellana, I (Madrid 1980), págs. 49 ss.; P. FIREMAN, *Justice in Plato's Republic* (New York 1957); J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del pensamiento jurídico*, 5ª ed. (Madrid 1984), págs. 33 ss.; G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, 6ª ed. (Roma 1959), págs. 21 ss.; M. MOIX, ob. cit., págs. 55 ss.

f) En este caso, el reverso de la medalla lo constituye Aristóteles, de quien con razón se ha dicho que por sus investigaciones magistrales acerca del concepto de lo justo, ha sentado las bases para toda filosofía del derecho[21], habiendo definido de modo excelente los conceptos de justicia y de derecho[22]. Lo cierto es que Aristóteles introdujo una serie de matices, precisiones y distinciones que dejaron grandemente perfilada la concepción clásica de la justicia. Los puntos principales que interesan en relación al concepto de justicia y su correspondiente definición pueden ser descritos del modo que sigue.

1º. La justicia es una virtud y como la virtud es una cualidad que consiste en una disposición o hábito[23], la justicia es la disposición o hábito de practicar lo justo[24].

2º. Distingue dos clases o tipos de justicia: la justicia total y la justicia parcial. La primera es la virtud de cumplir las leyes (más tarde se llamó por ello justicia legal) y como sea que las leyes mandan todas las virtudes –más o menos perfectamente según que las leyes sean mejores o peores–, la justicia total o general equivale a la suma de las virtudes. Al principio parece que Aristóteles se allana a lo dicho al respecto por los autores anteriores, pero no es así, pues introduce una importante precisión. La justicia total es la virtud general o suma de virtudes, mas no sin más, sino en cuanto se refiere al otro, es decir no al bien propio, sino al bien ajeno, de modo que vista absolutamente es virtud total y vista en cuanto se refiere al otro es justicia[25]. Queda, pues, puesto de relieve un

21. A. LASSON, *System der Rechtsphilosophie*, cit., pág. 14.

22. V. CATHREIN, *Filosofía del Derecho. El derecho natural y el positivo*, 2ª ed. castellana (Madrid 1926), pág. 42.

23. Cfr. *Ethica Nicomachea*, II, 5 y 6, 1105 b-1106 a.

24. "Pues bien, vemos que todos están de acuerdo en llamar justicia a la disposición en virtud de la cual los hombres practican lo justo, obran justamente y quieren lo justo; y de la misma manera respecto de la injusticia: la disposición en virtud de la cual obran injustamente y quieren lo injusto". *Ethica Nicomachea*, V, 1, 1129 a. La versión castellana utilizada es la de M. Araujo y J. Marías, 3ª ed. (Madrid 1981), pág. 70.

25. *Ethica Nicomachea*, V, 1, 1129 b y 1130 a. La justicia platónica, como orden de las potencias y apetitos en el interior del hombre, es calificada

aspecto decisivamente caracterizador de la justicia: la alteridad o intersubjetividad, ser virtud de las relaciones sociales.

3º. Junto a la justicia total o general, Aristóteles habla de la justicia parcial, también llamada justicia particular. No es ésta la virtud total, perfecta o suma de virtudes, sino una parte de la virtud total, esto es, una de las virtudes[26], que consiste en la recta distribución de bienes y la correcta regulación de los modos de trato, sean voluntarios (compraventa, préstamo, fianza, usufructo, depósito, etc.), sean involuntarios por parte de quien recibe el trato (como es el caso de los crímenes y delitos)[27]. Esta justicia parcial de Aristóteles es la justicia en sentido propio y estricto, la justicia de los juristas, aquella que es una de las cuatro virtudes cardinales[28], la que aquí estamos estudiando.

4º. Distingue con claridad entre *justicia –dikaiosyne–* y *lo justo –to díkaion–*, sin confundir ambas cosas. La justicia es la virtud o hábito, mientras que lo justo es aquello que se obra o practica por el hombre en función de la virtud, esto es, el objeto de la justicia[29]. *To díkaion*, lo justo, es lo que los juristas romanos

de justicia en sentido metafórico, figurado; no es, pues, verdadera justicia. Ob. cit., V, 11, 1138 b.

26. Cfr. *Ars Rhetorica*, I, 9, 1366 b, ed. W. D. Ross, SCBO (Oxonii 1959): "Partes de la virtud son la justicia, valor, templanza, magnificencia, magnanimidad, liberalidad, afabilidad, prudencia, sabiduría". La versión castellana utilizada es la de A. Tovar, 3ª ed. (Madrid 1985), pág. 46.

27. *Ethica Nicomachea*, V, 2, 1130 b y 1131 a: "De modo que también hay que hablar de la justicia parcial y de la injusticia parcial, y de la misma manera de lo justo y de lo injusto... De la justicia parcial y lo justo de acuerdo con ella, una especie es la que se practica en las distribuciones de honores, o dinero o cualquier otra cosa que se reparta... y otra especie es la que regula o corrige los modos de trato. Esta última tiene dos partes, pues unos modos de trato son voluntarios y otros involuntarios". Versión castellana citada, págs. 37 s.

28. La teoría de las cuatro virtudes principales o cardinales –prudencia, justicia, fortaleza y templanza– es muy antigua. Es detectable en Platón (prudencia, justicia, valor y templanza) y en Cicerón la vemos definitivamente fijada: "Habet (virtus) igitur partes quattuor: prudentiam, iustitiam, fortitudinem, temperantiam". *De inventione*, II, 53, ed. E. Stroebel, Bibliotheca Teubneriana (Stutgardiae 1965), pág. 147.

29. Cfr. *Ethica Nicomachea*, V, 1, 1129 a, lugar ya citado.

llamaron *ius* –derecho– al describir la justicia[30]. Lo justo no tiene, pues, un sentido vago, intercambiable con justicia[31], sino un sentido preciso: lo propio de cada uno, lo suyo[32]. Es, pues, aquella cosa que la justicia da o atribuye. Se trata de la cosa atribuida a un sujeto, la cual debe serle proporcionada, según una regla de proporción aritmética o geométrica[33].

5º. Encontramos una definición de justicia –justicia particular– en su obra *Retórica*, donde escribe: "La justicia es la virtud por la cual cada uno tiene lo propio, y según ley, y la injusticia cuando tiene lo ajeno, no según ley"[34]. Esta definición, aunque no perfecta, es suficientemente expresiva. Lo propio es equivalente a

30. Que *to díkaion* sea el derecho en Aristóteles, lo afirman, entre otros, M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho*, I, cit., págs. 83 ss., que resumen varios estudios anteriores del autor; J.-P. SCHOUPPE, *Le réalisme juridique* (Bruxelles 1987), págs. 13 s.; L. LACHANCE, *Le concept de droit selon Aristote et saint Thomas*, 2ª ed. (Ottawa-Montréal 1948).

En la lengua griega *to díkaion* fue usado como sinónimo de derecho por diversos autores. Cfr. A. BAILLY, ob. cit., pág. 510; H. G. LIDDELL-R. SCOTT, ob. cit., pág. 429. Un ejemplo puede ser Esquilo, *Los siete contra Tebas*, 1073, ed. P. Mazon, col. "Les Belles Lettres" (Paris 1963), pág. 147. Otro ejemplo es Sófocles, *Filoctetes*, 1251, ed. A. Dain y P. Mazon, col. "Les Belles Lettres" (Paris 1960), pág. 57. Con todo las versiones a las lenguas vulgares no son parejas, pues algunas traducen *to díkaion* por justicia, lo que es manifiestamente versión libre, pues *to díkaion* significa literalmente lo justo. Es una muestra más del vicio –no atribuible a los autores clásicos, sino a sus traductores– de confusión entre lo justo y justicia, entre justicia y derecho.

31. Sin embargo, está sumamente extendido intercambiar, cuando se traduce o expone a Aristóteles, justicia y lo justo, de modo que en lugar de *to díkaion* se escribe justicia; lo correcto es decir lo justo o derecho. Tiene esto importancia, porque se altera el pensamiento aristotélico, cuando se dice que justicia equivale a igualdad o que es proporción o que se divide en justicia distributiva y correctiva, todo lo cual lo predica Aristóteles de lo justo. Sucede algo parecido con Dante, de quien se dice que en *Monarchia*, II, V, define la justicia como proporción, cuando lo que define es el derecho: *ius*.

32. Cfr. la definición de justicia de *Ars Rhetorica*, I, 9, 1366 b, que más adelante transcribimos.

33. Cfr. *Ethica Nicomachea*, V, 3 y 4, 1131 a-1132 a.

34. *Ars Rhetorica*, I, 9, 1366 b. Versión castellana citada, pág. 46.

lo suyo –lo de uno mismo[35]– por lo que el efecto de la justicia es entendido como tener cada uno lo suyo. Es claro, por lo demás, que Aristóteles define la justicia, no por su acto, sino por su efecto, lo cual da una definición menos perfecta, aunque exacta. Si, además, ponemos en relación esta definición con las primeras líneas del libro V de la *Etica a Nicómaco*, donde nuestro autor escribe que se llama justicia a obrar lo justo *–to díkaion–*, que es el derecho, la definición aristótelica resulta un claro precedente de la definición romana[36]: tener cada uno su derecho (estar en pacífica posesión y uso de su derecho), pues lo propio conforme a la ley es lo justo y lo justo es el derecho de cada uno[37].

g) Para Aristóteles lo justo particular puede ser distributivo y correctivo, según se refiera a las distribuciones o a los modos de trato; al respecto describe lo primero –lo justo distributivo– como lo proporcionado o igual al mérito (*axía*)[38], entendiendo por tal lo debido a la persona según su relación con el régimen o *politeia* de la comunidad política, o sea, según la propia condición ciudadana

35. Sobre la expresión *auton* que usa Aristóteles, vide A. BAILLY, ob. cit., págs. 317 y 320.

36. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, q. 58, a. 1.

37. Para Aristóteles vide, M. VILLEY, ob. y loc. cits.; M. MOIX, ob. cit., págs. 113 ss.; A. TRUYOL, ob. cit., págs. 156 ss.; A. GOEDECKEMEYER, *Aristoteles' praktische Philosophie (Ethik und Politik)* (Leipzig 1922); M. HAMBURGER, *Morals and Laws. The Growth of Aristotle's Legal Theory* (New Haven 1951); L. LACHANCE, ob. cit.; M. SALOMON, *Der Begriff der Gerechtigkeit bei Aristoteles* (Leiden 1937); P. TRUDE, *Der Begriff der Gerechtigkeit in der aristotelischen Rechts- und Staatsphilosophie* (Berlin 1955); G. FASSÒ, ob. cit., págs. 59 ss.; G. DRAGO, *La giustizia e le giustizie. Lettura del libro V dell' Etica a Nicomaco* (Milano 1963); W. F. R. HARDIE, *Aristotle's ethical Theory* (Oxford 1968); J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, ob. cit., págs. 45 ss.; G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, cit., págs. 27 ss.

38. Cfr. *Ethica Nicomachea*, V, 3, 1130 b-1131 a. Obsérvese que el mérito es título exigitivo en justicia, un derecho a algo, que le es debido a la persona.

relativa a la constitución o régimen de la *pólis*[39]. La expresión usada por Aristóteles es *kat'axían* –según los méritos–, que se repite en la *Etica a Nicómaco* y en la *Política*[40]. Con ocasión de estas palabras de Aristóteles, algunos autores posteriores –tomando la parte por el todo– definieron la justicia con dichas expresiones. En tal sentido el peripatético Andrónico de Rodas describió la justicia como la virtud de repartir o atribuir a cada uno según sus méritos, descripción seguida por algunos filósofos estoicos como Speusipo; esta definición la explicó Dídimo en el sentido de ser igual a asignar o dar "a cada uno aquello que le corresponde"[41], haciendo así equivalentes –aunque no poco artificiosamente– "según sus méritos" y "lo propio" o "lo suyo".

h) Conocida la influencia de la filosofía estoica en Cicerón no es de extrañar que el pensador romano definiese la justicia de ambos modos: dar a cada uno según su mérito y dar a cada uno lo suyo, siendo ambas definiciones equivalentes, según la equivalencia establecida por los estoicos griegos aludidos. Como tampoco es de extrañar que hablase indistintamente de *tribuere* y *distribuere*[42]. En todo caso ha de destacarse que en Cicerón

39. Sobre *axía* en general, vide H. G. LIDDELL- R. SCOTT, ob. cit., pág. 170; A. BAILLY, ob. cit., págs. 194 ss. Puede significar valor, mérito, dignidad, condición social, etc.

40. Por ejemplo, *Ethica Nicomachea*, V, 3, 1131 a y *Politica*, VII (V), 1, 1301 b, ed. W. D. Ross, SCBO (Oxonii 1964).

41. Vide, F. SENN, *De la justice et du droit* (Paris 1927), págs. 19 s.; M. MOIX, ob. cit., págs. 170 y 244.

42. Los textos ciceronianos más significativos sobre la justicia son: *De inventione*, II, 53, 160, ed. cit., pág. 148: "Iustitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem". *De officiis*, I, 14, ed. M. Testard, col. "Les Belles Lettres" (Paris 1965), I, pág. 126. "... tum, ut pro dignitate cuique tribuatur; id enim est iustitiae fundamentum". *De natura deorum*, III, 15, ed. O. Plasberg-W. Ax, Bibliotheca Teubneriana (Stutgardiae 1961), pág. 132: "Nam iustitia, quae suum cuique distribuit, quid pertinet ad deos". *De finibus bonorum et malorum*, V, 23, 65, ed. I. N. Madvig (Kopenhagen 1876, reprod. Hildesheim 1963), pág. 722: "...quae animi affectio suum cuique tribuens... iustitia dicitur". Ibid., 67, ed. cit., pág. 723: "... cernatur... iustitia in suo cuique tribuendo...".

aparece la expresión "dar a cada uno lo suyo", que entró definitivamente en la noción común de la justicia.

i) La definición de la justicia más conocida por su sencillez y no poca precisión es la de Ulpiano, recogida en D. 1, 1, 10: "Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi". La justicia es la constante y perpetua voluntad[43] de dar[44] a cada uno su derecho. Si relacionamos esta fórmula con los *iura praecepta* que figuran a continuación, "ius suum cuique tribuendi" resulta sinónimo de "suum cuique tribuere", dar a cada uno lo suyo.

Con Ulpiano, la fórmula de la justicia, además de ganar en precisión, adquiere su más acabada dimensión jurídica, pues se matiza que lo suyo de cada uno es su derecho. Esto estaba contenido en "lo propio" y "lo justo" de Aristóteles, así como en el "mérito", que es algo debido en justicia; pero en Ulpiano se hace explícito. Sobre todo la fórmula de Ulpiano manifiesta mejor que las precedentes un punto capital de la teoría de la justicia: la primacía del derecho sobre la justicia, o, dicho de otro modo, que la justicia está en función del derecho y no a la inversa; la justicia presupone el derecho. Si la justicia consiste en dar a cada uno su

El mérito (*axía*) lo vierte Cicerón por *dignitas*, término que en este caso no hay que traducir por dignidad, sino por dicha palabra. Cfr. AE. FORCELLINI, *Totius Latinitatis Lexicon*, II (Patavii 1828), pág. 107; CH. T. LEWIS-CH. SHORT, *A Latin Dictionary* (Oxford 1958), pág. 577; y la traducción de M. Testard al *De officiis*, I, 14, citada.

43. La constancia indica un hábito y por lo tanto significa una virtud. Perpetua obedece a la idea estoica de que las virtudes verdaderas duran siempre. La palabra voluntad designa aquí el acto de la voluntad, no la potencia. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, q. 58, a. 1 ad 1. En este artículo el ilustre teólogo comenta pulcramente la definición ulpianea.

44. *Tribuo* es aquí sinónimo de *do*, dar. Sobre la sinonimia de los dos verbos cfr. CH. T. LEWIS-CH. SHORT, *A Latin Dictionary*, cit., pág. 1897; AE. FORCELLINI, *Totius Latinitatis Lexicon*, IV (Patavii 1831), pág. 527. "Dare ius", intercambiable con "tribuere", no resulta del todo inusual; lo encontramos, por ejemplo, en el *Epitome Ulpiani*, 29, 7: "Item ingenuae trium liberorum iure honoratae eadem lex id ius dedit, quod ipsi patrono tribuit". Cfr. *Die Epitome Ulpiani des Codex Vaticanus Reginae 1128*, ed. F. Schulz (Bonn 1926), pág. 62. Poco antes aparece la expresión "nihil iuris ex edicto datur" (29, 2, pág. 61).

derecho, es obvio que para que se dé la acción justa –la propia de la justicia– es preciso que exista ese derecho, respecto del cual se es justo. Por eso Isidoro de Sevilla escribirá que "dícese justo porque guarda los derechos y vive según la ley"[45].

j) Que la acción justa consiste en "suum cuique tribuere", dar a cada uno lo suyo, se transmitió a la literatura posterior de signo cristiano y se generalizó hasta nuestros días. Entre los Santos Padres encontramos extendida la fórmula, por ejemplo, en San Ambrosio[46], en San Agustín[47] y más adelante en San Isidoro de Sevilla[48]. Pero con ellos –a excepción de San Isidoro que refiere la justicia al foro[49]– se produjo un fenómeno que, de una u otra forma, llegó hasta Tomás de Aquino. Aunque hablen de justicia particular[50], a la que la fórmula se refiere, se difumina en ellos la nota de juridicidad –relaciones entre hombres– para extenderse a las relaciones con Dios y aun consigo mismo. Adquiere así la justicia un sentido extensivo que recuerda la justicia general[51], se

45. "Iustus dictus quia iura custodit et secundum legem vivit". *Etymologiarum sive originum libri XX*, X, 124, ed. W. M. Lindsay, SCBO, I (Oxonii 1962).

46. *De officiis ministrorum*, I, 24, 115, en PL, 16, 62: "... secundo justitiam, quae suum cuique tribuit, alienum non vindicat, utilitatem propriam negligit, ut communem aequitatem custodiat".

47. *De Civitate Dei*, XIX, 21, en CSEL, 40/2, pág. 408 s.: "Iustitia porro ea virtus est, quae sua cuique distribuit". *Enarrationes in psalmos*, enarr. in ps. LXXXIII, n. 11, en CCh, series latina, 39, pág. 1158: "Iustitia dicitur, qua sua cuique tribuimus, nemini quidquam debentes, sed omnes diligentes".

48. "Iustitia, quia recte iudicando sua cuique tribuit". *Etym.*, II, XXIV. La justicia aparece como una de las virtudes cardinales.

49. Obsérvese que habla de "recte iudicando", de sentencias judiciales rectas. Además, cfr. *Etym.*, XVIII, XV (De foro).

50. La justicia aparece definida en el contexto de las cuatro virtudes cardinales; cfr. SAN AMBROSIO, loc. cit.; y S. AGUSTÍN, *Enarrationes in psalmos*, cit. Por el contexto, también de este último, cfr. *De Civitate Dei*, XIX, 21, cit.

51. Véanse los siguientes textos de San Agustín. *De Civitate Dei*, XIX, 21, ed. cit., pág. 409: "Quae igitur iustitia est hominis, quae ipsum hominem Deo vero tollit et inmundis daemonibus subdit? Hocine est sua cuique distribuere? An qui fundum aufert eius, a quo emptus est, et tradit ei, qui nihil

desjuridifica y se moraliza. Se comprende, pues, que algún autor altomedieval, como Alcuino, cambiase la fórmula de la justicia por la de "dar a cada cosa lo que le corresponde", con lo que la justicia se desdibuja enteramente[52]. Por lo demás, en Alcuino la justicia es ante todo amor a Dios, teniendo, por lo tanto, el sentido de santidad[53].

También presenta algún matiz diferencial, en la época pretomista, la fórmula de Hugo de San Victor, que sustituye *tribuo* por *reddo*, cambio de palabra que no afecta a su significación[54].

k) El uso patrístico de la justicia y la consiguiente enseñanza de los escritores eclesiásticos preescolásticos suponía una concepción

habet in eo iuris, iniustus est; et qui se ipsum aufert dominanti Deo, a quo factus est, et malignis servit spiritus, iustus est?". *De Civitate Dei*, XIX, 4, en CSEL, 40/2, pág. 376: "Quid iustitia, cuius munus est sua cuique tribuere (unde fit in ipso homine quidam iustus ordo naturae, ut anima subdatur Deo et animae caro, ac per hoc Deo et anima et caro), nonne demonstrat in eo se adhuc opere laborare potius quam in huius operis iam fine requiescere?".

52. F. A. ALCUINO, *Liber de virtutibus et vitiis*, 35, en PL, 101, 637: "Justitia est animi nobilitas, unicuique rei propriam tribuens dignitatem. In hac divinitatis cultus, et humanitatis jura, et justa judicia, et aequitas totius vitae conservatur".

53. "Nam quid est justius quam Deum diligere ejusque mandata custodire, per quem, dum non fuimus, creati sumus, dum perditi fuimus, recreati sumus, et a servitute diabolica liberati, qui nobis omnia bona quae habemus perdonavit?".Loc. cit.; "... et justitia, qua Deus colitur, et amatur, et recte vivitur inter consocias animas". *De animae ratione liber*, III, en PL, 101, 640.

54. "Justitia est voluntas reddendi unicuique quod suum est". *Allegoriae in Novum Testamentum*, lib. VI, en PL, 175, 882. Es dudoso que esta obra sea de Hugo de San Victor. *Reddo* tiene aquí el significado de *dar*. Cfr. D. 50, 16, 94: "Verbum 'reddendi' quamquam significatum habet retro dandi, recipit tamen et per se dandi significationem". Proviene de un paso de Celso recogido en D. 31, 21. A este propósito escribe Alciato: "Reddere quandoque capitur simpliciter pro dare". *De verborum significatione libri quattuor* (Lugduni 1530), pág. 160, col. 1, cap. *Verbum reddendi*. En D. 1, 1, 11 aparecen las expresiones "ius reddere" y "ius redditur". El mismo verbo *reddo* lo usó TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, q. 58, a. 1 incip. ("Utrum actus iustitiae sit reddere unicuique quod suum est") y ad 3: "Et eadem ratio est de hoc quod est reddere unicuique quod suum est". Y con él pasó a la Escolástica posterior.

extensiva de la justicia, que no expresaba lo que la justicia es y supone para el mundo del derecho. La vuelta a la justicia de los juristas fue sobre todo obra de Tomás de Aquino. En realidad, el Aquinate representa, por lo que a la justicia atañe, una vuelta a los juristas romanos, cuya definición abre su tratado de la justicia, y a Aristóteles, al que sigue fielmente a lo largo de dicho tratado. Pero con esa vuelta construía una filosofía del derecho imperecedera, perfectamente en la línea del gran renacimiento de la ciencia jurídica europea que se inauguró con la Recepción: la primera filosofía del derecho de envergadura después de la de Aristóteles, con la que armoniza plenamente.

Para Tomás de Aquino la justicia es una virtud esencialmente *ad alterum*, se refiere siempre al otro, puesto que la justicia entraña igualdad y nada es igual a sí mismo, sino a otro. Por lo tanto, el orden interior del hombre –la justicia según Platón como vimos– sólo puede llamarse justicia por metáfora[55].

Esto supuesto, distingue entre justicia general y justicia particular. La primera se ordena al bien común y como la ordenación al bien común pertenece a la ley, se llama justicia legal. Esta justicia, que dirige al bien común los actos de las demás virtudes, es según su esencia una virtud especial y sólo por su virtualidad puede llamarse general[56]; no se identifica, pues, por esencia con toda virtud[57].

55. *Summa Theologica*, II-II, q. 58, a. 2.

56. *Summa Theologica*, II-II, q. 58, a. 5.

57. *Summa Theologica*, II-II, q. 58, a. 6. ¿Es éste el pensamiento de Aristóteles? Así lo afirma Tomás de Aquino: "de este modo se expresa el Filósofo". Que hay una coincidencia sustancial no cabe duda y aun cabría añadir que lo dicho por el Aquinate se deduce de cuanto escribe el Peripatético en *Ethica Nicomachea*, V, 1, 1130 a, al afirmar que la suma de las virtudes se distingue de la justicia general en que ésta se refiere al otro, por lo que la esencia no es la misma; sin embargo, a la vez Aristóteles dice que la justicia general no es una parte de la virtud sino la virtud entera. Aristóteles no es claro, pese que él mismo afirme lo contrario. Tomás de Aquino en obras anteriores a la *Suma Teológica*, como sus comentarios a la *Ética a Nicómaco*, dice claramente que la justicia legal es la virtud entera o virtud general, lo que no coincide totalmente con lo que sostiene en la *Suma*. Parece que hay un proceso de maduración del pensamiento del Aquinate en este punto.

Además de la justicia legal, hay la justicia particular, que ordena al hombre acerca de las cosas que se refieren a otra persona singular[58], cuya materia son las acciones y cosas exteriores, en cuanto que por ellas un hombre se coordina con otro[59]. Si la justicia legal mide las relaciones de la persona con la comunidad (por eso ordena al bien común), la justicia particular regula las relaciones respecto de la persona singular, ya se trate de relaciones entre la comunidad y el individuo (justicia distributiva), ya se trate de relaciones entre personas singulares (justicia conmutativa)[60].

En cuanto a la descripción de la justicia, Tomás de Aquino acepta la de Ulpiano, aunque la somete a alguna precisión, lo que le lleva a presentar un definición matizada, que es técnicamente la más perfecta hasta ahora dada, aunque no sea la más conocida ni la más generalizada, que sigue siendo la romana. El matiz que introduce Tomás de Aquino es el siguiente: la fórmula ulpianea define la justicia por su acto, pues la voluntad perpetua y constante quiere decir el acto de voluntad[61], dotado de firmeza por el hábito en el que consiste la virtud; siendo esto así, es más perfecto sustituir el acto por el hábito, ya que se trata de definir una virtud, que es un hábito. La definición tomista reformada reza así: "la justicia es el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho"[62].

De esta definición tomista cabe resaltar que la justicia es contemplada en función del derecho. Es la virtud de cumplir y realizar el derecho, con lo cual se advierte la primacía del derecho, que aparece como el objeto de la justicia, como aquello a cuya

58. *Summa Theologica*, II-II, q. 58, a. 7.
59. *Summa Theologica*, II-II, q. 58, a. 8.
60. Cfr. *Summa Theologica*, II-II, q. 61.
61. Cfr. *Summa Theologica*, II-II, q. 58, a. 1 ad 1.
62. "Et si quis vellet in debitam formam definitionis reducere, posset sic dicere: quod iustitia est habitus secundum quem aliquis constanti et perpetua voluntate ius suum unicuique tribuit". *Summa Theologica*, II-II, q. 68, a. 1. Tomás de Aquino añade que esta definición es casi igual que la que se deduce de las palabras de Aristóteles en la *Ethica Nicomachea*, V, 5, 1134 a: "la justicia es el hábito o virtud por el cual se dice del justo que practica deliberadamente lo justo". Lo más significativo de estas palabras del Aquinate es, en lo que aquí interesa, que el *ius* o derecho resulta ser lo mismo que el *to díkaion* o lo justo.

satisfacción se ordena la acción justa. Es, además, una definición jurídica, propia de juristas, aquella que se adecúa al oficio de jurista y al mundo del foro.

l) Se puede decir que con el Aquinate se cierra el ciclo evolutivo de la definición común de justicia, pues no hay más variantes y hasta la época moderna, fines del siglo XVIII con Kant, no hay definiciones distintas de la justicia de cierta relevancia e influencia[63]. Los comentarios a la definición tomista han sido muchos, como los de la Escuela española del Derecho Natural (Vitoria, Soto, Molina, Báñez, etc.) y los de los neoescolásticos modernos, pero no aportan sustanciales novedades, aunque sí discusiones de detalle[64].

63. Se suele citar una conocida definición de justicia de Dante en el lugar ya indicado, *De monarchia*, II, V; pero como ya hemos dicho, Dante no define la justicia, sino el derecho o *ius*. Estas son sus palabras: "Quicunque praetera bonum rei publice intendit, finem iuris intendit. Quodque ita sequatur sic ostenditur: ius est realis et personalis hominis ad hominem proportio, que servata hominum servat societatem, et corrupta corrumpit." En *Le opere di Dante*, texto crítico de la Società Dantesca Italiana (Firenze 1921), pág. 376.

También pueden citarse unas observaciones de Juan Buridán, quien habló de una doble justicia: "La justicia es doble: una pertenece al señor o gobernante y otra pertenece al súbdito. La justicia que pertenece al gobernante es la virtud por la cual éste se ordena a mandar y a ordenar acerca de aquello que puede ser de provecho a los súbditos o para su bien. La justicia propia del súbdito es la virtud por la que éste se inclina a obedecer el precepto y la ordenación del gobernante". *Questiones Johannis Buridani super decem libros Ethicorum*, lib. V, q. 2, fol. XCI (el ejemplar manejado carece de la referencia del lugar y año de impresión).

Fácil es observar que Buridán no entendió bien la teoría aristotélica de la justicia, pues de acuerdo con ella sólo la segunda clase es justicia (reducida a la legal). Tal como Buridán describe la justicia del señor o gobernante, confunde a ésta con el buen gobierno. Sin embargo, esa idea trastocada de justicia es detectable –en clave moderna– en no pocos autores de este siglo. En este sentido, Buridán es un cierto precedente.

64. Para un estudio completo de la justicia en Tomás de Aquino y abundantes noticias bibliográficas sobre sus comentadores, vide M. MOIX, ob. cit., págs. 231 ss.

m) Es de notar que esta definición común de la justicia no procede de ninguna teorización, ni es lo que pudiéramos llamar una noción culta. Es más bien una definición vulgar, la simple expresión, con las menos palabras posibles, de un dato: las cosas están distribuidas, hay que dar a cada uno lo suyo y cumplir ese deber es una virtud, la virtud de dar a cada uno lo suyo. Se trata de un definición con palabras vulgares, salvo la variante "su derecho", si entendemos por tal un tecnicismo, que, por lo demás, es de lo más vulgar. No es una teorización, decíamos, pues en efecto se limita a la descripción de un hecho: la existencia de un hábito del hombre –disposición constante y firme– en relación a un deber o precepto –dar a cada uno lo suyo– que atañe a un hecho social: el reparto de bienes y cargas. Por lo demás, que cada uno tenga lo suyo constituye un bien, una parte del orden social o armonía dentro de la socialidad humana, por lo cual ese hábito es bueno, lo que es tanto como decir que es una virtud. Nada más ajeno a ser una teoría, que esa descripción de la justicia.

n) Lo que queremos decir con esto es que la definición común de justicia no es una noción derivada de una corriente filosófica determinada –la hemos visto en boca de aristotélicos, estoicos y escolásticos–, que en ella y en sus supuestos encuentre explicación, no es la conclusión teorética de unos principios filosóficos. En este sentido, no es *una teoría* sobre la justicia, junto a otras posibles teorías. Cualquiera que sea la noción de justicia que se considere más apta para un sistema de filosofía jurídica o de filosofía política y social o para una ideología política, siempre será verdadero, porque es un puro hecho, que los hombres tienen –en mayor o menor grado– la constante y firme voluntad de dar a cada uno lo suyo (por lo menos en una serie de sectores) y que a eso se le ha llamado siempre –nunca ha tenido otro nombre– con el apelativo de justicia.

Esta fórmula de la justicia puede ser sustituida –ni que decir tiene que a nuestro juicio eso no se haría sin desacierto– por otra como principio de una teoría de filosofía jurídica o política, pero entonces se estaría poniendo en su lugar otra cosa a la que también

se daría el nombre de justicia, junto a la cual perviviría la justicia se dar a cada uno lo suyo.

Supongamos que se entiende que la justicia reside en el igualamiento, de modo que se considera que una sociedad es injusta si en ella se dan diferencias. Esto supuesto, el reparto igualitario llevaría a que cada cual tuviese unos bienes de igual valor, pero el reparto seguiría existiendo y con él la necesidad de dar a cada uno lo suyo. Aún situándonos en el reparto al momento de estar haciéndose, habría que señalar qué hay que dar a cada uno para que tuviese lo mismo que los demás y darle eso. No cabe duda que perviviría la justicia de dar a cada uno lo suyo.

La justicia de dar a cada uno lo suyo es una realidad, que sólo podría desaparecer si se alcanzase de hecho una sociedad totalmente colectivizada –todo de todos o nada de nadie– en la que, por no haber reparto de cosas –ni tan siquiera de funciones–, no existiría, ni en pequeña proporción, lo suyo de cada uno. Hipótesis por demás quimérica, porque el reparto es consustancial al ser humano: al menos en la alimentación, el vestido y el trabajo algún reparto existe necesariamente, aun en las sociedades más colectivizadas.

La justicia de dar a cada uno lo suyo es algo connatural al hombre, una realidad inseparable de su existencia, que no es teoría, sino hecho.

o) Es también un hecho que el oficio de jurista está en relación directa e inseparable con la justicia en su sentido primero y común. Lo hemos visto ya. La actividad del jurista consiste en decir y declarar lo suyo de cada uno. Es ésta la función primera y vertebral del juez al dictar sentencia y tal es la función de cualquier jurista en cuanto tal: decir lo que a cada uno corresponde en el reparto de bienes, cargas y funciones. Tampoco la relación entre el oficio de jurista y la justicia de dar a cada uno lo suyo es un teoría; es sencillamente un hecho.

5. CRÍTICAS A LA DEFINICIÓN COMÚN. La noción común de la justicia ha sido objeto de algunas críticas, que a continuación vamos a analizar.

a) Quizás la más extendida sea la de su pretendido carácter formal. Decir "lo suyo" –se afirma– es una expresión formalista, que no indica ningún contenido y, además no ofrece pautas para determinar lo suyo de cada uno. En este sentido –se concluye– es una fórmula vacía[65]. Procede esta crítica de un doble malentendido. Por una parte, se confunden las nociones abstractas –entre ellas las universales– con los conceptos formales al estilo kantiano; por otro lado, se olvida que "lo suyo" es sinónimo de "su derecho".

Puede decirse, al menos en cierto sentido, que un concepto formal, como forma *a priori* no procedente de la experiencia, carece de contenido[66]; es puro ente de razón que propiamente no expresa ningún ente existente. Pero una noción abstracta –y en concreto un universal– no es una forma *a priori*; por el contrario para elaborarla la mente actúa *a posteriori*, partiendo de la experiencia. Por ello, una noción abstracta contiene lo real que es la base del concepto; y un universal contiene toda la realidad

65. Cfr. G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, cit., págs. 121 ss. y la bibliografía allí citada.

66. Con todo habría que tener en cuenta las precisiones de Stammler en su *Tratado de Filosofía del Derecho*, cit., pág. 248: "No tiene sentido el objetar que esta noción de un método absoluto de juicio es una noción *vacía*. No nos dicen, quiénes hacen esta objeción, qué concepto tienen *del contenido*. El *contenido* de una noción lo constituyen las características que la distinguen de otras nociones. Y una característica propia la entraña, inevitablemente, todo pensamiento. Es absurdo, pues, concebir una noción *carente de contenido*. Esta objeción sólo puede explicarse por una confusión del *contenido* en general con los elementos *materiales concretos* que pueden integrarlo. Pero es que existen nociones que carecen de toda característica *materialmente condicionada* y cuyo *contenido* consiste en la representación permanente de un método unitario de ordenación. Entre ellas se cuenta *la idea del Derecho*". Puede advertirse que las formas puras *a priori*, como nociones racionales ajenas a la experiencia, no contienen ninguna realidad existente. En este sentido, aunque sólo en él, son nociones vacías de realidad. Una noción abstracta *a posteriori* es algo bien distinto.

captada por la razón a partir de la experiencia particular. Si se afirma, por ejemplo, que el hombre es un animal racional, hombre es un concepto abstracto, pero contiene a todos y cada uno de los hombres reales existentes. Así, pues, "lo suyo" es un concepto abstracto universal, que expresa toda cosa que pertenece a alguien como suya. No es formal, sino abstracto y *a posteriori*, por lo cual tiene un contenido universal: todo aquello que se predica realmente como suyo de un sujeto (su reloj, su honor, su vida, su automovil, su cargo, etc.). "Lo suyo" no es una formalidad, sino la expresión abstracta de unas realidades: todas las cosas que en la realidad son suyas de un sujeto.

Ciertamente la fórmula no indica cómo determinar en cada caso concreto qué cosas pertenecen a cada hombre. Pero eso es lógico, pues tal determinación no pertenece a la justicia –que se ordena a la satisfacción del derecho–, sino a un momento precedente: la constitución del derecho, es decir, la constitución de una cosa como suya. Y no es cuestión de voluntad –que es donde inhiere la justicia–, sino de razón, de ciencia; no es cosa que pertenezca a la justicia, sino a la prudencia política o a la jurisprudencia, a la ciencia del derecho.

Por otra parte, "lo suyo" es sinónimo de "su derecho". Y los derechos de cada uno no son entelequias ni formalidades, sino cosas reales existentes. Lo suyo es tan preciso y concreto como el derecho de cada uno. ¿Cómo se conoce que algo es suyo de un sujeto? Del mismo modo como se determina un derecho: por el título de adquisición o posesión del derecho y por la medida de ese derecho, probados en su caso mediante un proceso. Por ejemplo, ¿cómo determinar que tal fundo es suyo en propiedad del sujeto A? Por el título de adquisición: compra, herencia, donación, etc. ¿En qué extensión de terreno? La señalada por las lindes del fundo. Y si presentan problema el título o la medida, se resuelve mediante un proceso por sentencia del juez.

En suma, la definición común de la justicia no es formal *a priori*, sino abstracta *a posteriori* y tiene un contenido universal.

b) La fórmula clásica de la justicia fue tildada de absurda por Kant, en una alusión incidental a ella: "Si no puedes evitar lo

anterior, entra con otros en una sociedad en la que a cada uno le pueda ser garantizado lo suyo (*suum cuique tribue*). Si la última fórmula fuera traducida por *da a cada uno lo suyo*, el resultado sería un absurdo ya que a nadie se le puede dar lo que ya tiene"[67]. Parecida argumentación usó Schopenhauer: "Otra prueba del carácter negativo que, a pesar de la apariencia, tiene la justicia, es la definición trivial 'Dar a cada cual lo que le corresponde'. Si esto es suyo no hay necesidad de dárselo. El sentido es, pues: 'No tomar a nadie lo que es suyo'"[68]. Con ello ambos filósofos mostraron no haber comprendido el trasfondo de la definición común.

Como ya se puso de relieve anteriormente, el supuesto del oficio de jurista, que es el supuesto social sobre el que opera la justicia, es la situación de interferencia en la que puede encontrarse lo suyo de un sujeto, su derecho. No se trata de hacer que una cosa pase al dominio de un sujeto para que sea suya, sino de que, dado que esa cosa es ya suya, el sujeto no se vea interferido en su pacífico uso y disfrute. No se trata, pues, de dar una cosa a un sujeto para que se transforme en suya –no se trata de constituir el derecho–, sino de devolvérsela porque le ha sido quitada o de respetar el uso y disfrute por su titular. Este segundo sentido (devolver, respetar, etc.) es el que tiene el verbo *dar* o *tribuo* en la fórmula de la justicia. Por lo tanto, se trata de dar lo suyo a quien de hecho no lo tiene o puede no tenerlo, aunque lo posea de derecho. ¿Si es suyo lo tiene como dice Kant? Que lo tiene de derecho es indudable, pero si ha salido o puede salir de su esfera de dominio de hecho, es obvio que de hecho no lo tiene o puede no tenerlo y entonces hay que *dárselo* (devolvérselo, respetárselo, que ambas cosas se significan con dar). Kant se equivocó en su observación e igualmente Schopenhauer.

67. *Metafísica de las costumbres*, Introducción a la teoría del derecho, Apéndice, División de la teoría del derecho, A, en *I. Kant, Introducción a la teoría del derecho*, ed. de F. González Vicén (Madrid 1954), pág. 96.

68. *Fundamento de la moral*, § XVII, ed. castellana (Valencia s.f.), pág. 150.

c) La acusación de que la definición común es una vana tautología fue obra de Kelsen. Al respecto escribió: "La fórmula de justicia más corrientemente empleada es la célebre del *suum cuique*, norma que prescribe dar a cada uno lo que le corresponde, es decir lo que se le debe, aquello que puede pretender, aquello a lo que tiene derecho. Resulta fácil descubrir cual es la cuestión decisiva para la aplicación de esta norma: qué sea *lo suyo*, lo que le es debido, ese derecho, es algo que no viene resuelto por esta norma. Dado que lo debido a cada uno es precisamente lo que se le debe dar, la fórmula del *suum cuique* resulta no ser sino una vana tautología: debe darse a cada uno lo que se le debe dar"[69].

En parte esta defectuosa interpretación de la fórmula común de la justicia es resultado de su contemplación como formal *a priori* –según la mentalidad neokantiana de Kelsen–, como puede verse por el inciso "lo que le es debido, ese derecho, es algo que no viene resuelto por esa norma". Como ya hemos dicho, tal acusación es falsa, por cuanto la fórmula contiene y se refiere a todos los derechos concretos existentes. Pero sobre todo el error de Kelsen reside en que da una fórmula tautológica a la definición clásica, porque la altera esencialmente. La tautología queda compuesta, cambiando el verbo "dar" –*tribuere*– por "debe darse", modificando sustancialmente la fórmula. Ésta expresa una acción (que está en el orden del ser, *Sein*) y Kelsen la transmuta en un juicio deóntico (un *Sollen*), cambiando su naturaleza. Para Kelsen la justicia es un valor, que se expresa en una norma: la norma de la justicia[70]. Pero esa no es la concepción clásica del *suum cuique tribuere*; para ésta la justicia es una virtud, que está en relación con

69. *Justicia y derecho natural*, en H. KELSEN Y OTROS, *Crítica del Derecho Natural*, ed. castellana (Madrid 1966), pág. 43.

70. "Este comportamiento social del hombre será justo cuando sea conforme a una norma que lo prescribe; es decir, que lo instaura como deber. Será injusto, en cambio, cuando sea contrario a una norma que prescribe un determinado comportamiento que a causa de ello ha adquirido valor de justicia. La justicia de un hombre es la justicia de su comportamiento social. Y la justicia de su comportamiento social consiste en que es conforme a una norma que constituye el valor de justicia. Esta norma puede ser, pues, denominada norma de justicia". Ob. cit., pág. 29.

un deber –el *praeceptum iuris* del Digesto– pero que no es ella misma una norma o deber (es un hábito de la voluntad). Mientras el juicio de deber pertenece a la razón, la virtud de la justicia inhiere en la voluntad. Deber y justicia son cosas heterogéneas. La justicia se refiere al comportamiento, no es una norma, sino una virtud que se manifiesta en actos, en conductas. Por eso, la fórmula de la justicia no es "debe darse", sino "dar". Así, "debe darse lo que debe darse" es tautológico; "dar lo que debe darse" no lo es, como no lo es "pagar una deuda", "cumplir el deber" o "devolver lo robado", que es lo que quiere decir la fórmula.

Es Kelsen quien crea la tautología, alterando la verdadera fórmula y convirtiendo a la justicia en norma. La crítica de Kelsen se basa en una interpretación distorsionada de la fórmula clásica.

d) También ha criticado Kelsen dicha concepción por entender que a través de ella puede justificarse cualquier orden jurídico positivo y, por lo tanto, no sirve para definir la justicia como valor absoluto, desde el que juzgar como justo o injusto un orden jurídico positivo. En efecto, la noción común –escribe– presupone la validez de un orden normativo –que en su pensamiento sólo puede ser positivo, pues niega el derecho natural– que establezca lo suyo de cada uno, su derecho. Y puesto que es el orden jurídico positivo el que establece los deberes y los derechos, tal orden puede ser justificado, cualesquiera que sean esos deberes y derechos. En esta función conservadora –dice– reside precisamente su significación histórica[71]. También en este caso, el

71. Ob. cit., pág. 44. Similares conceptos ha repetido en otros escritos. "Se atribuye a uno de los siete sabios de Grecia el dicho según el cual la Justicia consiste en dar a cada uno lo que le corresponde. Muchos pensadores, especialmente los filósofos del Derecho, han aceptado esta definición. Es fácil demostrar que es una fórmula vacía, porque la pregunta decisiva –qué pertenece a cada cual– queda sin responder y, por tanto, la fórmula sólo puede aplicarse a condición de que esta cuestión haya sido previamente decidida por un orden socio-legal o moral establecido por la costumbre o las leyes, o sea por la moral o la ley positiva. La fórmula, pues, puede usarse para justificar cualquier orden, ya sea capitalista o comunista, democrático o autocrático, lo cual explica probablemente su aceptación, pero demuestra que no sirve para definir la Justicia como valor absoluto que difiere de los valores meramente relativos

ilustre jurista, además de caer en un error histórico, critica la fórmula partiendo de una mala comprensión de la misma.

Cae en un error histórico, porque es falso que la concepción clásica haya tenido esa significación histórica que le atribuye; no hay ningún dato histórico que avale esa afirmación. Para que hubiese tenido esa función histórica, hubiese sido preciso que la fórmula clásica hubiese nacido y se hubiese desarrollado en un contexto positivista, pero el caso es que históricamente surgió en un contexto iusnaturalista y en tal contexto ha tenido su mayor desarrollo. En ese contexto, lo justo natural ha operado como criterio calificador del derecho positivo y a través de él se ha juzgado de la justicia o injusticia del legislador positivo. Es en ese mismo contexto, en el que se ha tenido por regla inconcusa que la ley injusta no es ley, lo cual es todo lo contrario que conservador. Por su propia índole, es conservador el positivismo extremo –cuyo máximo exponente es Kelsen–, puesto que desde él carece el jurista de un criterio valorativo de la ley positiva. Y es Kelsen quien más ha rechazado la justicia o cualquier otro valor como integrante del orden jurídico y de la ciencia jurídica, a través de su teoría pura del derecho.

Kelsen ha captado acertadamente –mejor que ciertos seguidores de la fórmula clásica– un aspecto fundamental de ella: la justicia *sigue al derecho*, antes es el derecho que la justicia, pues ésta es el cumplimiento y satisfacción del derecho. Pero no ha entendido sus implicaciones. Porque lo que lleva consigo este aspecto de la concepción clásica es que se es justo respecto de un derecho realmente existente; si se cumple y satisface ese derecho se es justo, si se contraviene o se lesiona se es injusto. Por lo tanto, la cuestión de la justicia o injusticia de un orden jurídico positivo sólo tiene sentido en relación a unos derechos preexistentes y no derogados por él: los derechos naturales. Si la ley positiva lesiona un derecho natural es injusta; si los respeta todos es justa. ¿Qué ocurre si se niega la existencia del derecho natural? Que entonces la

garantizados por la ley o la moral positiva". *Qué es justicia*, ed. castellana (Barcelona 1982), pág. 49. No hace falta decir que Simónides no fue uno de los siete sabios de Grecia, sino un poeta.

cuestión deja de tener sentido. No es que la ley positiva quede justificada –que sea justa–, sino que ni es justa ni injusta: la justicia no es algo planteable en relación a la ley positiva, pues la justicia mira al cumplimiento y satisfacción del derecho y se parte del supuesto de que no hay otro derecho que el positivo. En consecuencia, en el caso del positivismo extremo, la concepción clásica de la justicia no justifica el orden jurídico, ni tampoco lo condena, porque ni lo uno ni lo otro son cuestión de justicia. No es verdad pues, que con dicha fórmula se justifique cualquier orden jurídico; es verdad, en cambio, que no puede hacerse un juicio de justicia o injusticia sobre él. Pero eso no es un defecto de la definición común, sino del positivismo, que deja sin solución el problema de la justicia en el derecho. La justicia es lo que es; si el positivismo llega a conclusiones inaceptables, no es cosa que se deba a las fórmulas en las que se expresa qué es la justicia, sino a los errores del positivismo.

La lógica del positivismo al respecto es clara. Si sólo hay derecho positivo, respecto de él no se puede plantear la cuestión de la justicia. Esta lógica puede verse en unas palabras de Alf Ross: "Tal como hemos visto, la idea de justicia se resuelve en la exigencia de que una decisión sea el resultado de la aplicación de una regla general. La justicia es la aplicación correcta de una norma, como cosa opuesta a la arbitrariedad. La justicia, en consecuencia, no puede ser una pauta jurídico-política o un criterio último para juzgar una norma. Afirmar que una norma es injusta, como hemos visto, no es más que la expresión emocional de una reacción desfavorable frente a ella. La declaración de que una norma es injusta no contiene ninguna característica real, ninguna referencia a algún criterio, ninguna argumentación. La ideología de la justicia no tiene, pues, cabida en un examen racional de valor de las normas"[72]. Ocurre, sin embargo, que esta lógica del positivismo apenas es aceptada, porque contrasta demasiado abiertamente con la conciencia de que hay leyes positivas injustas e

72. *Sobre el derecho y la justicia*, cit., págs. 272 ss.

incorrectas[73], que, al menos en casos extremos y por razones éticas, no deben ser obedecidas.

Pero admitir una ley positiva injusta o incorrecta supone un criterio de valoración, superior y preexistente a la norma, en relación con el cual pueda hacerse un juicio de justicia o incorrección. A ese criterio, muchos le llaman justicia, sustituyendo por ella el derecho natural. Con lo cual trastocan sustancialmente el concepto de justicia. La justicia, en lugar de ser virtud, pasa a ser *criterio* –algo propio de la razón–, o el resultado de un acuerdo o consenso social (con frecuencia, ambas cosas: el valor consensuado o presente en la mayoría). Y, además, ya no consiste en dar a cada uno lo suyo, sino en otra cosa: la igualdad, la racionalidad, la felicidad, la democracia en el momento legislador o, sencillamente, un valor no definible. Con ello, hacen desaparecer la justicia de "dar a cada uno lo suyo", lo cual, como hemos visto, no es aceptable, pues tal justicia permanece siempre viva, al menos como la justicia del juez y del ciudadano que actúan conforme a derecho[74]. Ese criterio o valor preexistente a la ley positiva son en realidad los derechos naturales del hombre, no la justicia; mientras eso no se admita, la cuestión de la justicia de la ley positiva será cuestión no resuelta.

e) Otras críticas de menor entidad han sido hechas a la definición común de justicia, o a alguna de sus variantes.

De la de Ulpiano, por ejemplo, se ha escrito que transformar "lo propio de cada uno" en "el derecho de cada uno" implica una reducción miope de "a cada uno lo suyo", pues reduce la definición de la justicia al derecho positivo y sanciona el más desmesurado positivismo[75]. Crítica –similar a la kelseniana ya

73. Algunos autores, en lugar de derecho injusto prefieren hablar de derecho incorrecto, como es el caso de H. HENKEL, ob. cit., págs. 615 ss.

74. Naturalmente siempre quedará pendiente de respuesta esta pregunta crucial: ¿pueden de verdad llamarse justos el juez o el ciudadano que aplican una ley injusta? Y es que la negación del derecho natural deja sin solución la cuestión de la justicia y de la ley injusta.

75. Véase, por ejemplo, J. LOIS, *La lucha por la Objetivación del Derecho* (Vigo 1965), págs. 144 ss.

vista–, que se extiende también a Tomás de Aquino y a cuantos aceptan las definiciones ulpianea y tomista. ¿Hará falta recordar que Ulpiano admite el derecho natural y lo mismo ocurre con Tomás de Aquino? ¿Será necesario hacer presente que el más clásico e históricamente más permanente y siempre redivivo iusnaturalismo es el de los juristas romanos y el aristotélico-tomista? Quien ha pretendido reducir la fórmula clásica al derecho positivo no ha sido desde luego Ulpiano, sino el moderno positivismo. La objeción no tiene base.

También se ha escrito que definir la justicia como dar a cada uno lo suyo supone incurrir en una petición de principio: la justicia remite al derecho como señalador de lo que es de cada uno y, a su vez, el derecho remite a la justicia para lo mismo[76]. Fácilmente se ve que se entrecruzan aquí dos conceptos de justicia distintos; por un lado la concepción clásica o común, que efectivamente remite al derecho como criterio determinador de lo suyo, y, por otro lado, la idea de justicia como criterio valorativo del derecho positivo, en la cual residiría el criterio de determinación de lo suyo. Pero ambas concepciones son incompatibles y lo segundo (el derecho remite a la justicia) es ajeno a la noción común. Esta no comete –en la mente de sus seguidores– ninguna petición de principio (no remite a la justicia como criterio de determinación de lo suyo), que sólo aparece por la incorrecta mezcolanza de dos nociones de justicia distintas en la mente de quien hace la crítica.

No ha faltado quien ha acusado a la definición común de ser una fórmula individualista-egoísta de la justicia[77]. A ello cabe responder que si el egoísmo consiste en buscar insolidariamente el bien propio, mal puede tacharse de egoísta una noción que concibe la justicia como dar *al otro* lo suyo y pone en el *bien del otro* la nota característica de la justicia. El egoísmo lleva a la injusticia, no a la justicia. Por la misma razón –la justicia nace en relación con el otro– no es individualista, lo cual llega a su máxima expresión en

76. Vide J. LOIS, ob. cit., pág. 163.

77. Cfr. L. STEIN, *Die soziale Frage im Lichte der Philosophie* (Stuttgart 1897), pág. 614. Cit. por M. MOIX, ob. cit., pág. 280.

la justicia legal, que ordena la conducta de la persona al bien común.

Por último señalemos que de la definición común se ha dicho que implica una concepción meramente negativa de la justicia (no dañar, no retener indebidamente, etc.)[78]. No es ése el sentido de la definición común: cumplir las leyes no es una actitud negativa, como no lo es pagar una deuda o devolver un préstamo. El fin de la justicia, lo veíamos, es el bien del otro –el bien común de la comunidad en la justicia legal y el bien del individuo en la justicia particular– y esto implica más conductas positivas que negativas.

6. LA JUSTICIA EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO MODERNO. *a*) La definición común es la descripción de la justicia más extendida, también actualmente, entre juristas y filósofos del derecho, iusnaturalistas o positivistas, de las más variadas corrientes filosóficas. Pero no faltan quienes, de modo explícito o implícito, muestran unas nociones de justicia que en mayor o menor grado se separan de la común. De ellas nos ocuparemos a continuación, no sin advertir antes que no resulta tarea fácil exponerlas, porque pocas veces se encuentran autores que explícitamente den una definición de justicia; generalmente hay que deducirla de su sistema general o de afirmaciones más o menos incidentales.

b) En el pasaje de Kant antes citado aparece la que a su juicio sería la fórmula de la justicia: garantizar a cada uno lo suyo. Así se desprende de sus palabras: "entra con otros en una sociedad en la que a cada uno le pueda ser garantizado lo suyo". Kant se limita a sustituir "dar" por "garantizar", eliminando así –a su juicio– el resultado absurdo a que conduciría el uso de dar. Con ello lo que

78. "La *injusticia* o lo *injusto* consiste, por lo tanto, en *agraviar* a otro; luego la noción de injusticia es *positiva*, y la de lo justo, que viene después, es *negativa*, y se aplica únicamente a los actos que pueden realizarse sin perjudicar a los demás, sin hacerles *injusticia*". A. SCHOPENHAUER, *Fundamento de la moral*, § XVII, ed. cit., pág. 150. Esta concepción negativa de la justicia es la propia de una serie de epígonos de la Escuela moderna del Derecho Natural; cfr. F. CARPINTERO, *Una introducción a la ciencia jurídica* (Madrid 1988), págs. 49 ss.

hace Kant es reducir el ámbito de la justicia a uno de sus aspectos: dar a cada uno lo suyo implica garantizárselo. Reducción sin fundamento, pues la justicia es más amplia que la garantía del derecho. Por ejemplo, es justicia devolver el préstamo o cobrar el precio justo y ello no es igual a garantizar. Aun suponiendo que garantizar a cada uno lo suyo fuese lo más fundamental de un orden justo, éste no se limita a los sistemas de garantía.

c) Según Stammler la justicia "es la orientación de una determinada voluntad jurídica en el sentido de una comunidad pura"[79], entendiendo por comunidad pura "una vinculación de los fines de diversos hombres en que no retorne por noción determinante y suprema las simples aspiraciones subjetivas de uno de los vinculados"[80]. En definitiva, la tesis de Stammler se resume en que la justicia es una articulación ideal de los fines humanos. La justicia así entendida es la forma pura del ideal social, con lo cual se trastoca la esencia misma de la justicia, que no es forma pura sino virtud. Además se confunde la justicia con el orden social justo y ya hemos dicho que son cosas relacionadas pero distintas.

d) Para Kelsen, la justicia es "la felicidad social, garantizada por un orden social"[81]. Ahora bien, como la felicidad en su sentido primigenio y absoluto es socialmente inaprehensible, debe sufrir una metamorfosis para adecuarse al significado de la justicia y para satisfacer las necesidades socialmente reconocidas. Así, pues, "la idea de Justicia como principio que garantiza la felicidad individual de todos se transforma en un orden social que protege

79. *Tratado de Filosofía del Derecho*, cit., pág. 248.
80. Ob. cit., pág. 246.
81. *Qué es justicia*, cit., pág. 36: "Pero ¿qué significa realmente decir que un orden social es justo? Significa que este orden social regula la conducta de los hombres de un modo satisfactorio para todos, es decir, que todos los hombres encuentran en él la felicidad. La búsqueda de la Justicia es la eterna búsqueda de la felicidad humana. Es una finalidad que el hombre no puede encontrar por sí mismo y por ello la busca en la sociedad. La Justicia es la felicidad social, garantizada por un orden social".

ciertos intereses socialmente reconocidos por la mayoría como dignos de protección"[82].

A todo ello hay que decir que la idea de que la justicia se ordena a la felicidad social no es nueva. La encontramos en Aristóteles[83], con el que en cierta medida coincide Kelsen, pese a su poca simpatía por la teoría aristotélica de la justicia. Pero Aristóteles, con gran acierto, refiere esta finalidad a la justicia general o legal, que es la que se ordena al bien común, pues en efecto la satisfacción de necesidades socialmente reconocidas y la protección de intereses reconocidos socialmente es una dimensión del bien común. De ser aceptable la idea kelseniana de la justicia, se referiría únicamente a una justicia, la justicia legal, dejando fuera lo justo distributivo y lo justo conmutativo: v. gr. la justicia del juez, la del contratante, etc. No es, por lo tanto, una definición correcta[84].

e) Con ser Rawls el autor de la teoría de la justicia más extensa y mejor construida –también la más original y por eso la más

82. Ob. cit., pág. 38.

83. Véase, por ejemplo, *Ethica Nicomachea*, V, 1, 1129 b: "... de modo que, en un sentido, llamamos justo a lo que es de índole para producir y preservar la felicidad y sus elementos para la comunidad política". Versión castellana cit., pág. 71.

84. Un análisis atento de las palabras de Kelsen aquí transcritas nos advierte de la falta de una idea clara y determinada de la justicia, que es en definitiva la conclusión que saca el lector de sus trabajos sobre ella. Este concepto fluctuante y por demás inexacto se pone de manifiesto en las palabras que cierran el ensayo citado: "Verdaderamente, no sé ni puedo afirmar qué es la Justicia, la Justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una Justicia relativa y puedo afirmar qué es la Justicia para mí. Dado que la Ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. *Mi* Justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia". Palabras sin duda brillantes, pero que poco tienen que ver con la justicia, que es algo mucho más modesto y preciso: respetar los derechos ajenos, restablecer a la persona en su derecho cuando éste ha sido vulnerado, cumplir las leyes y los pactos, etc.

polémica– de nuestros días[85], no ha dedicado su atención a definir la justicia. Sin embargo, aunque de modo incidental, podemos encontrar su noción de justicia –que él tiene por usual– en estas palabras suyas: "Centraré, pues, la atención en el sentido usual de justicia, en el cual ésta consiste esencialmente en la eliminación de distinciones arbitrarias y el establecimiento, dentro de la estructura de una práctica[86], de un apropiado equilibrio entre pretensiones rivales"[87]. Esto se refiere, fundamentalmente, a lo justo distributivo, pues se limita a la igualdad de consideración en el diseño de las instituciones políticas y, más en general, en el diseño de una práctica[88]. Deja, por lo tanto, fuera lo justo legal y lo justo conmutativo. No es la primera vez –lo vimos en la Antigüedad– que se reduce la justicia a lo justo distributivo. Pero esta reducción no es admisible, porque justicia son también la justicia legal y la conmutativa. Hay, sin embargo, que advertir que Rawls ciñe su teoría a la justicia social, que es sobre todo justicia distributiva, por lo que bien puede entenderse que su noción de justicia se refiere

85. *Teoría de la justicia*, ed. castellana (México 1979).

86. Entiende por "práctica" (*practice*) toda forma de actividad especificada por un sistema de reglas que define cargos, papeles, jugadas, castigos, defensas, y así sucesivamente, y que da a esa actividad la estructura que tiene. Por ejemplo, los juegos y los rituales, los juicios y los parlamentos, los mercados y los sistemas de propiedad. Cfr. J. RAWLS, *Two Concepts of Rules*, en PH. FOOT (ed.), *Theories of Ethics* (Oxford 1967), págs. 144 ss.

87. *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, ed. castellana (Madrid 1986), pág. 19.

88. Dworkin interpreta a Rawls en términos de derecho: "Por lo tanto, podemos decir que la justicia como equidad descansa en el supuesto de un derecho natural de todos los hombres y todas las mujeres a la igualdad de consideración y respeto, un derecho que poseen no en virtud de su nacimiento, sus características, méritos o excelencias, sino simplemente en cuanto seres humanos con la capacidad de hacer planes y de administrar justicia... El supuesto más básico de Rawls no es que los hombres tengan derecho a ciertas libertades que Locke o Mill consideraban importantes, sino que tienen derecho a igual consideración y respeto en el diseño de las instituciones políticas". *Los derechos en serio*, ed. castellana (Barcelona 1984), pág. 274. La interpretación de Dworkin es en sí misma correcta, pues si respetar esa igualdad es justicia, tal igualdad es un derecho. Y constituye ciertamente un derecho natural. Otra cosa es que realmente tal sea el pensamiento de Rawls.

exclusivamente a esta última, sin entrar en las demás clases. Aun así, la justicia distributiva es más de lo que dice Rawls, que parece ceñirse a una concepción liberal de la sociedad.

f) Una cierta fluctuación en la noción de justicia puede observarse en Ross. Como ya hemos visto, para este autor la justicia "es la aplicación correcta de una norma". Se trata de la justicia legal y, por lo tanto, la noción resulta demasiado angosta, pues deja fuera la justicia distributiva y la justicia conmutativa. Sin embargo, después de afirmar que la justicia no es pauta jurídico-política o criterio último para juzgar una norma, se pregunta qué papel desempeña la justicia en la formación del derecho positivo –y ello es incongruente con lo antes dicho–, sosteniendo que la justicia equivale a racionalidad de la norma (esto es, predecibilidad, regularidad)[89]. Lo cual puede entenderse como requisito para que la norma sea correcta, pero no específicamente para que sea justa, pues lo que Ross entiende por racionalidad –que la norma sea predecible, en el sentido de máxima independencia posible frente a las reacciones subjetivas del juez– no es propiamente justicia, sino certeza y seguridad. Ross confunde aquí el principio de justicia con los principios de certeza y de seguridad.

g) No ha faltado quien, además de afirmar que la justicia es una idea, sostiene que la idea de justicia "es la idea de un orden superior que debe reinar en el mundo y que asegurará el triunfo de los intereses más respetables". Así lo dice Roubier[90]. Idea *política* de la justicia, que poco tiene que ver con la justicia *jurídica*. ¿Qué decir de este tipo de nociones de la justicia?

En primer lugar, se trata de una noción *utópica* referida a un orden social futuro, de modo que la injusticia se limitaría ser el desajuste entre el presente real y el futuro ideal. Pero esto no es la injusticia: el asesinato, el robo, la negación de los derechos fundamentales de la persona humana son un desorden actual, en

89. Ob. y loc. cits.
90. *Théorie générale du droit*, cit., pág. 216.

razón de lo debido actualmente al hombre, no la carencia de realización de un ideal. Por lo mismo, la justicia se refiere a una exigencia actual del hombre, a lo que le es debido en el momento presente, a sus derechos actuales. No es la idea de lo que debería ser, sino que se refiere a una dimensión real y actual de la sociedad humana.

En segundo lugar, la justicia no se refiere a los intereses más respetables, sino a todos los intereses legítimos, o por mejor decir, no es cosa de intereses –quebrantar un simple interés no es injusticia–, sino de derechos y de todos los derechos.

En tercer lugar, y es en definitiva lo más importante, la justicia no es una idea. Concebir la justicia como idea o ideal altera la esencia de la justicia, por lo que da lugar a una noción dislocada. En efecto, la idea o ideal es cosa del intelecto, con lo cual se da a la justicia un estatuto intelectual en lugar de un estatuto volitivo. Y esto no es la justicia. No se dice de un hombre que es justo porque *conoce* correctamente el orden social, sino porque *obra* correctamente en relación a la ley y al derecho. Del mismo modo y por la misma razón no decimos de alguien que es injusto porque conozca defectuosamente la realidad jurídica y social, sino porque obra contra ley y contra derecho. Lo justo o lo injusto son las acciones humanas. Hablando de la ley positiva, no es ella justa o injusta porque sea más o menos acertada. Si, por ejemplo, una ley general de carreteras prevé la construcción de autovías en lugar de autopistas, podrá resultar que tal política no es la correcta o adecuada, pero no puede decirse que la ley sea injusta. La ley positiva es justa e injusta si está de acuerdo o no con una norma superior o con los derechos de las personas; por ejemplo, es injusta si vulnera la constitución o los derechos legítimamente poseídos.

Por lo demás, resulta obvio que si la justicia es virtud, se trata de una disposición u orientación de la voluntad, que es cosa muy distinta de un ideal.

h) La noción de la justicia como un criterio ideal la encontramos en los más diversos autores. Así, para Lumia, la justicia es el conjunto de criterios ideales que deben presidir la buena

conducción y el ordenado desarrollo del orden social o cosa pública[91]; en otras palabras, la justicia es un valor. También Radbruch sostiene que el patrón de la justicia es una ordenación ideal de la sociedad[92].

Ante este tipo de nociones de la justicia –criterio ideal de la ley en relación a la ordenación ideal de la sociedad– lo primero que se advierte es que reducen la justicia a la ley –criterio de valoración de la ley– y al tema de la ley justa o injusta, sin abarcar la justicia en relación a las personas. Con lo cual, resulta una noción indebidamente restringida. La justicia es más amplia; ciertamente es importante el tema de la justicia del legislador, pero justicia es también el cumplimiento de las leyes y el respeto y satisfacción de los derechos de la persona. Por lo tanto, este tipo de definiciones quedan desautorizadas por su parcialidad.

En segundo lugar, trastocan el concepto de justicia al transformarla en *criterio* o *ejemplar*, dándole un estatuto intelectivo, que no le es propio. En realidad, esto proviene de la transmutación kantiana del derecho natural. La concepción clásica del derecho natural tiene a éste como verdadero derecho y, por lo tanto, como punto de referencia de la justicia de la ley positiva. Es justa la ley conforme con el derecho natural e injusta la que lo contraviene. Tesis ésta que está de acuerdo con la concepción común de la justicia como cumplimiento y satisfacción del derecho. Kant cambió el derecho natural por las formas *a priori* del derecho, algo que pertenece al intelecto; de donde se deducía que la injusticia ya no es contravención del derecho, sino disarmonía con una forma *a priori*, que es el criterio de justicia. A partir de esto la doctrina fue evolucionando, sosteniendo que ese factor intelectivo o criterio es la justicia (es decir, llamando justicia al derecho natural transmutado); de ahí que la justicia se entienda como criterio, confundiendo la justicia con su criterio. Esto no es correcto.

91. *Principios de teoría e ideología del derecho*, ed. castellana, 9ª reimp. (Madrid 1986), pág. 113.

92. *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 45.

La justicia no es un criterio, sino que, en todo caso, sería la virtud de obrar conforme a ese criterio. Respecto de la ley, la justicia consistiría en la concordancia o congruencia con ese criterio.

Por lo demás, el criterio de la justicia no puede ser un ideal o una idea. En efecto, la injusticia no es la tensión ideal-realidad o idea-hecho, sino una agresión real a un derecho concreto y existente, como es el incumplimiento de una norma concreta existente. La injusticia no lesiona entes ideales, sino entes reales. Por lo mismo, la justicia hace referencia a un ente real.

Como ya hemos repetido, el criterio o punto de referencia de la justicia es el derecho. Respecto de la ley positiva tal criterio lo es el derecho natural y si no se admite el derecho natural, entonces –lo vimos ya– la cuestión de la ley justa o injusta queda sin solución, porque desaparece el verdadero criterio. Lo que no puede hacerse es llamar justicia a ese criterio, porque entonces se disloca la noción de justicia, convirtiéndola indebidamente en lo que es su criterio o punto de referencia: el derecho.

i) Esa indebida confusión entre justicia y derecho se encuentra en aquellos autores para los cuales la justicia es la idea de derecho, como dice Radbruch[93], o una parte integrante de la idea de derecho, según sostiene Henkel[94].

Aparte de la incongruencia que supone que estos autores no admitan que el derecho injusto no es derecho –si la justicia es la idea de derecho o parte de ella, es obvio que el derecho injusto no realiza la noción de derecho y por lo tanto no es derecho–, no es admisible la confusión entre justicia y derecho que supone su tesis. Como hemos visto, la justicia está en el orden del obrar y de la operatividad, no en el orden del *Sollen* o deber-ser. Una cosa es el precepto, la norma, y otra cosa es la virtud. La justicia aparece en el orden secundario del cumplimiento y satisfacción del derecho, no en el orden primario del derecho constituido o de la constitución

93. Ob. cit., pág. 44.
94. Ob. cit., pág. 497.

del derecho. La justicia es conformidad con el derecho, no el derecho mismo.

Por lo demás, la relación que existe entre justicia y derecho es la propia de la virtud y su objeto. El derecho es el objeto de la justicia. Por lo tanto, derecho y justicia son cosas realmente distintas. La acusación que a veces se detecta en algunos autores, según la cual el realismo jurídico clásico y el consecuencial iusnaturalismo –Aristóteles, los jurista romanos, Tomás de Aquino– identifican derecho y justicia no tiene fundamento. Es una muestra más de la falta de verdadero conocimiento de lo que son la concepción clásica del derecho y la noción común de la justicia, defecto tan generalizado entre los autores modernos. Según la concepción clásica, el derecho es el objeto de la justicia y, por lo tanto, justicia y derecho se distinguen con distinción real. Quienes confunden derecho y justicia son los autores de inspiración idealista, como los citados.

j) Para algunos autores, entre ellos los últimamente citados, la justicia como idea es un valor. En concreto se trataría de un valor absoluto[95] o idea de valor originaria[96], que descansaría, por lo tanto, en sí misma y no derivaría de otro valor superior. Se trataría de un valor absoluto como la verdad, el bien o la belleza, escapando en consecuencia a toda posible definición.

El valor, entiéndase como idea, como percepción o como juicio estimativo[97], dice relación o al intelecto o al sentimiento, mientras que la justicia se refiere a la voluntad, no al ámbito de la estimación, sino al de la actuación u operatividad. La justicia es cosa distinta del valor. Suponiendo que sea correcto hablar de valores, la justicia estaría en el orden de la actuación *conforme al valor*, pero no es el valor mismo. El valor sería algo propio del derecho, que es lo valioso, el ente valioso, pues el valor se predica

95. Así, G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., pág. 31.

96. Cfr. H. HENKEL, ob. cit., pág. 498.

97. Sobre los distintos modos de entender los valores, véase J. FERRATER, ob. cit., voz *Valor*.

del derecho; la razón de valor reside en el derecho[98]. Según esto, el valor absoluto, si existiese, sería el derecho como idea o concepto universal. Lo cual nos sitúa de nuevo ante el derecho natural como criterio de valor de la ley positiva, y ante la justicia como el concepto transmutado del derecho natural.

Decir que la justicia –en lugar del derecho– es un valor, proviene de la falsa identificación entre derecho y justicia. El ente valioso es el derecho y el valor absoluto –en términos de filosofía de los valores– es el derecho como idea o concepto universal.

Por lo demás, el parangón entre la justicia y la bondad, la belleza y la verdad, es decir, poner en el mismo plano lo justo que lo bueno, lo bello o lo verdadero, no es sostenible. Belleza, verdad y bondad son *trascendentales del ser*, esto es, razones del ser. El ser, él mismo, es bello, verdadero y bueno, de manera que no hay distinción real entre el ser y el bien, la verdad y la belleza. La no-bondad, la no-verdad y la no-belleza son en consecuencia no-ser, carencia parcial de ser[99]. Ahora bien, lo justo no es un trascendental del ser: no hay más trascendentales que la belleza, la verdad y la bondad, además de la unidad. Un trascendental se refiere al ser y, por lo tanto, a todo ser, lo cual no es propio de lo justo, que se predica sólo de algunas cosas. Luego lo justo es otra cosa distinta y no procede su parangón con los trascendentales del ser.

Si lo justo parece comportarse como un trascendental, es porque es lo mismo que el derecho. Lo vimos en lecciones

98. En efecto, lo valioso es el bien y, en el campo del derecho, lo valioso son los bienes atribuidos a la persona como derecho. Valiosa es la vida, la integridad física, los bienes poseídos en propiedad, etc. Desde el punto de vista jurídico, lo valioso es el bien en cuanto atribuido, en cuanto derecho. Por lo tanto, el valor es propiamente el derecho. La justicia es valiosa –tiene razón de bondad, es virtud– en tanto es cumplimiento y satisfacción del derecho, o sea, de modo participado. Por lo tanto, la justicia no es el criterio primero del valor, sino que éste lo es el derecho, que es lo primigeniamente valioso.

99. Parcial, porque en la realidad lo negativo no puede ser total, pues necesariamente inhiere en el ser y si hay algún ser, hay alguna bondad, verdad y belleza. Siendo así los trascendentales, resulta incongruente que los autores que dan a la justicia el sentido de un valor absoluto igual a los trascendentales del ser, puedan admitir como válido el derecho injusto.

anteriores: el derecho, lo suyo y lo justo son la misma y única cosa. Lo que llamamos lo justo es el derecho. Por eso un derecho injusto es una contradicción en los términos. Sin embargo, podemos preguntarnos, ¿no hay una dimensión o aspecto del derecho en cuya virtud se hable de lo justo? Efectivamente, esta dimensión o aspecto existe: es la igualdad. Y es la igualdad lo que puede constituir el aspecto valioso del derecho. El derecho es valioso, porque es lo igual. Siempre se ha dicho que la justicia comporta la igualdad, aunque no siempre se ha entendido bien de qué igualdad se trata. ¿Por qué la igualdad es valiosa? Porque la igualdad consiste en la adecuación de la cosa constitutiva de derecho respecto de la persona: es lo que le corresponde, lo adecuado. Y eso es valioso, es bueno. Llegamos con ello a lo que hay de acertado en la concepción de la justicia como valor absoluto. La igualdad es para el derecho el trascendental "bondad". Pero no es la justicia el valor; el valor es la igualdad como trascendental del derecho[100].

k) Fundadas en supuestos filosóficos cercanos al realismo filosófico, hay otras definiciones de justicia, de entre las cuales nos haremos eco de dos, por ser las más significativas. El mexicano Preciado Hernández ofrece la siguiente definición: "La justicia es el criterio ético que nos obliga a dar al prójimo lo que se le debe conforme a las exigencias ontológicas de su naturaleza, en orden a su subsistencia y perfeccionamiento individual y social"[101]. Claramente se observa que se trata de una concepción de la justicia como criterio, pero no en clave idealista, sino en clave realista. Tres observaciones fundamentales pueden hacerse a esta definición. Primeramente, que la justicia no es un criterio –algo

100. Por lo demás, no es tampoco aceptable, como pretende Henkel, que la justicia, por ser un valor absoluto, no sea definible, como no son definibles la belleza, la bondad y la verdad. Aparte de que la justicia no es un valor, con lo cual decae la razón alegada, no es cierto que los trascendentales del ser no sean definibles. La verdad, por ejemplo, es la adecuación del intelecto a la cosa conocida, la bondad es la razón de fin del ser, etc. Por lo cual, aunque la justicia fuese un valor absoluto, no por ello dejaría de ser perfectamente definible.

101. *Lecciones de Filosofía del Derecho*, cit., pág. 217.

propio de la razón–, sino una virtud de la voluntad. En segundo lugar, según esta definición, la justicia diría relación sólo al derecho natural –"exigencias ontológicas de su naturaleza"–, al que se ciñe la definición, siendo así que dice también relación al derecho positivo. En tercer término, la justicia no tiene sólo entidad ética, sino también jurídica. De ser un criterio, sería, además de ético, un criterio jurídico. Como es virtud, debemos decir que no sólo es virtud en el plano ético, sino también en el plano jurídico, en el sentido de referirse a la acción justa como acción jurídica; tiene, pues, trascendencia jurídica.

l) Según Goldschmidt la justicia sería el criterio del reparto de bienes. Entiende que la justicia se realiza por el reparto de todos los objetos dignos del mismo entre todos y cada uno de los hombres, por repartidores autorizados según criterios determinados y con arreglo a ciertas formas[102]. De acuerdo con esto, afirma que la justicia es "el conjunto de aquellos criterios que se refieren a la aptitud de los hombres como repartidores y recipiendarios, a los objetos como repartibles y a la forma de reparto como adecuada"[103]. El conjunto de estos criterios contiene lo que comúnmente se denomina "ley natural"[104]. Goldschmidt refiere esta noción de justicia a la órbita de la ciencia jurídica, perspectiva desde la que su definición es criticable. Tres cosas fundamentales pueden decirse. En primer lugar, la transmutación de la virtud en criterio no es aceptable por las razones ya expuestas. La justicia se refiere a la operación, no al criterio. En segundo término, el reparto, tal como lo expone, de ser justicia, sería justicia distributiva, con lo cual se evidencia lo insuficiente de la definición. Y en tercer lugar, Goldschmidt habla del reparto a hacer, lo cual es propio del dominio y del poder, no de la justicia, que entra en juego en función del reparto establecido, como más adelante veremos.

102. *La ciencia de la justicia (Dikelogía)* (Madrid 1958), pág. 9.
103. Ob. cit., pág. 107.
104. Ob. cit., pág. 9.

m) También se ha dicho que la justicia –además de virtud– es una idea o ideal, la idea o ideal de justicia, que, como la belleza, no se realiza nunca totalmente en los ordenamientos jurídicos realmente existentes. Esto daría lugar a la dimensión "dramática" de la justicia, nunca enteramente realizada[105].

Aparte de señalar que la comparación con la belleza no es acertada –la belleza es un trascendental del ser y ni lo justo ni la justicia lo son, con lo cual no cabe hablar de grados de realización–, para responder a esta cuestión debemos recordar qué es el orden social justo: es el orden o armonía que se genera en la sociedad cuando a cada cual se da lo suyo, su derecho. Es la armonía que sigue al respeto del derecho. Y esto no es un ideal, sino una dimensión real de la sociedad, como real y concreto es el derecho. Si dar a cada uno lo suyo es la justicia real, la armonía u orden por ella producidos es el orden justo real. Lo opuesto es algo también real: la injusticia, No cabe establecer una dialéctica entre justicia real y justicia ideal, sino entre justicia e injusticia. La justicia es siempre algo real, concreto e histórico.

Si un orden jurídico histórico no cumple con todas las exigencias de justicia, es un orden jurídico parcialmente injusto, porque hay derechos que no son respetados.

Quizás cuando se habla de una justicia ideal frente a la justicia real se esté pensando, no en unas injusticias propiamente dichas, sino en un orden mejor, en una distribución social más perfecta de los bienes y de las cargas. En tal caso, eso no es una cuestión de justicia, sino de política o de acción ciudadana (ideal político).

No se puede olvidar que "lo suyo" no es ningún ideal, es un bien concreto del que un sujeto es titular. La justicia y el orden justo son siempre reales y concretos: dar a cada uno lo suyo y que cada cual esté en pacífica tenencia y posesión de lo suyo. O esto está en el orden de lo existente y entonces se puede hablar de justicia, o hay un fallo y en tal supuesto estamos ante la injusticia. Contraponer justicia real (insuficiente y en condición de falencia) a una justicia ideal, o es una confusión entre derecho e ideal político,

105. Cfr. L. LEGAZ, *Filosofía del derecho*, cit., págs. 360 ss.

o es un eufemismo para decir que el orden establecido es parcialmente injusto.

n) Por último, nos referiremos a un par de opiniones, que sin entrar en definiciones de la justicia, las sobreentienden.

Una de ellas es la tesis de que la justicia consiste en la igualdad, esto es, en la guarda del criterio de igualdad en el orden jurídico y social. Un orden social es justo, cuando rige efectivamente el principio de igualdad entre los hombres. Según esto, la fórmula de la justicia sería "dar a todos lo mismo". A esto se puede contestar que, sin duda, la igualdad es una característica de lo justo, esto es, del derecho. Y en la medida en que la justicia cumple y satisface el derecho, cumple y satisface la igualdad. Pero la igualdad no es primariamente un aspecto de la justicia, sino un aspecto o dimensión del derecho. Lo típico y característico de la justicia es el cumplimiento y satisfacción del derecho y sólo en este sentido la justicia implica la igualdad. También en esta teoría se confunde la justicia con el derecho y se escamotea el derecho natural, cambiándolo por una objetivación de la justicia, porque si fuese cierto que a todos los hombres hay que darles lo mismo, esto sería por una exigencia de derecho natural.

Hay autores que, ciñendo la justicia al derecho positivo (el tema de la ley justa o injusta), sostienen que la justicia consiste en la elaboración democrática de las leyes. Una ley es justa –o lo es un régimen político–, si ha sido democráticamente establecida y no lo es en caso contrario. Dos cosas cabe oponer a este tipo de opiniones. Primeramente, que la justicia no se limita a la cuestión de la ley justa o injusta, por lo cual la justicia tiene que ser algo que abarque más. En segundo término, con esta opinión la cuestión de la justicia de la ley se reduce a uno de sus aspectos, la justicia en la forma (la democracia es forma de gobierno), pero no llega a lo que es todavía más importante: la justicia del contenido. En definitiva, la forma democrática no garantiza la justicia del contenido de la ley, como muestra la experiencia: un parlamento puede dar leyes injustas –al menos en cuanto contrarias a la constitución y también en cuanto contrarias al derecho natural– y una ley contraria a

derecho puede ser aprobada en referéndum[106]. Lo que ocurre es que, para muchos de estos autores, al negar el derecho natural, niegan que la ley pueda ser injusta por su contenido, reduciendo la justicia a una cuestión de forma, a que esté democráticamente instituida. Pero, como decíamos antes, es contrario a la experiencia más elemental que la ley no pueda ser injusta por su contenido, al menos en cuanto inconstitucional (ley injusta por contraria a la justicia legal); además resulta obvio que con la instauración de la democracia no desaparecen automáticamente todas las estructuras sociales injustas y que en el régimen democrático también se generan nuevas injusticias.

o) De todo lo visto se desprende la validez de la definición común de justicia, que es la única que es concorde con lo que es y representa la justicia en relación al oficio de jurista y al mundo del foro.

7. CARACTERIZACIÓN DE LA JUSTICIA. *a*) Una vez hemos visto la noción de justicia –la virtud de dar a cada uno lo suyo, su derecho– es el momento de exponer sus características fundamentales. Mas ante todo conviene recordar –aun a riesgo de ser reiterativos– que debemos tratar de la justicia desde la perspectiva del oficio de jurista, que es la perspectiva del mundo del foro. La *experiencia jurídica*, que es el objeto fundamental de la filosofía del derecho, consiste en la realización vital del derecho. Estamos –en uno de sus aspectos– en el mundo del cumplimiento de las normas; no es la institución o promulgación de las leyes –el momento legislativo– algo propio del oficio de jurista, sino del político, que es quien hace las leyes. El momento legislativo sólo interesa al jurista en cuanto a través de ellas hay que respetar o satisfacer el derecho (v. gr. la congruencia de las leyes ordinarias con la constitución, o de la ley positiva en general con el derecho natural). Y estamos también –como otro de los aspectos de la aludida experiencia jurídica– en el mundo del respeto y satisfacción

106. Vide, al respecto, J. HERVADA, *Derecho natural, democracia y cultura*, en "Persona y Derecho", VI (1979), págs. 193 ss.

de los derechos de las personas e instituciones. Es precisamente en relación a este mundo del foro y del jurista, cuando aparece la justicia: dar a cada uno su derecho, cumplir y satisfacer el derecho. En eso consiste la justicia como algo directamente relacionado con el jurista.

b) Desde esta perspectiva, puestos a exponer los caracteres fundamentales de la justicia, lo primero que se impone es resaltar cuál sea el rasgo esencial de ella. Este rasgo esencial podemos enunciarlo así: *la justicia sigue al derecho*, o lo que es lo mismo, *la justicia presupone el derecho*. En efecto, si la justicia consiste en dar a cada uno su derecho, lo propio de ella, aquello que la constituye precisamente en justicia, es que se refiere al cumplimiento y satisfacción del derecho. Sin derecho preexistente, no es posible la acción justa o acto de dar a cada uno su derecho, pues es obvio –evidente de toda evidencia– que, si no existe el derecho que hay que satisfacer, resulta imposible que se dé el acto justo.

Podemos, pues, hablar de una primacía del derecho en relación a la justicia. Primero es el derecho y en razón de él aparece la justicia. Dicho con otras palabras, la justicia consiste en la realización del derecho, siendo por lo tanto falsa la inversión de términos que supone decir que el derecho es una realización de la justicia. No estamos, pues, en un mundo de ideas o ideales. La justicia se refiere siempre a derechos existentes, reales y concretos, a normas vigentes. En este sentido, no hay distinción entre justicia ideal y justicia real. El ideal de justicia es el cumplimiento y satisfacción de todo derecho, que es exactamente la justicia real; lo contrario es la injusticia.

De lo dicho se deduce que la justicia no se refiere a la constitución del derecho –no es la virtud, el orden o el valor de la constitución del derecho– sino que presupone el derecho constituido, en relación al cual opera la justicia.

c) ¿Cuál es, pues, el punto de partida de la justicia? El punto de partida es la existencia de los derechos y la situación de interferencia de la que pueden ser objeto. Si en lugar de derecho

hablamos de lo suyo de cada uno, de las cosas suyas, tal punto de partida puede expresarse de este modo: las cosas están repartidas y están o pueden estar en poder de otro. Es, en suma, el mismo punto de partida del oficio de jurista.

Las cosas están repartidas (lo que equivale a decir que los derechos están constituidos y establecidos). En efecto, para que pueda hablarse de "lo suyo" –lo que es igual a lo mío o a lo tuyo–, es preciso que las cosas estén atribuidas a distintos sujetos. Cuando todo es de todos o nada es de nadie, no hay lo mío, lo tuyo o lo suyo. Por lo tanto, si el supuesto de la justicia es que exista lo suyo, su punto de partida es que las cosas estén repartidas. De donde se desprende que la justicia no es virtud del reparto de las cosas, sino del respeto del reparto establecido.

Hablamos de reparto en un sentido genérico, como atribución de las cosas a distintos sujetos. Obsérvese que todo derecho lleva consigo una atribución y, en este sentido, implica un reparto. Si se habla, por ejemplo, del derecho a la vida, tal derecho supone una exclusividad de atribución jurídica de la vida a la persona, pues quiere decir que nadie puede disponer de la vida del otro; tal atribución es obvia en el derecho de propiedad, pero lo es también, según distintas formas de atribución, en los demás derechos. Igual sucede con la justicia legal. La obligación de obedecer la ley implica una distinción de funciones –legislador y súbditos– y el derecho de la sociedad a que las normas se cumplan.

Las cosas están o pueden estar en poder de otro. Es el segundo aspecto del punto de partida (lo que equivale a que los derechos pueden ser interferidos). Igualmente obvio que el anterior, en este aspecto del punto de partida reside el meollo de lo que significa "dar" o *tribuere*. La acción justa se genera en el supuesto de una alteración o potencial alteración en la tenencia, el uso y disfrute de la cosa, una interferencia o posible interferencia en la posesión y goce de los derechos. El acto de la justicia respeta o restablece al titular en su derecho, respeta o restablece la tenencia, el uso y disfrute de la cosa que tiene razón de derecho. Como sea que la justicia presupone el derecho constituido, la acción de dar lo suyo –o su derecho– presupone la existencia de una alteración, actual o potencial, en la debida relación de hecho entre la cosa que es

derecho y su titular, de modo que la razón de derecho postule el respeto o restablecimiento de la situación debida[107].

d) Para restablecer y mantener el orden social justo, se requiere, por lo que atañe a los hombres, *querer* y *saber*. Por una parte, saber, conocer cuáles son los derechos de cada uno; y por otra parte hace falta querer. Pues bien, la justicia está en el orden del querer. En efecto, como ya hemos puesto de relieve repetidamente, no llamamos justo al que sabe de leyes o al que conoce los derechos, sino al que cumple las leyes y respeta y satisface los derechos. La justicia no pertenece al orden del saber, sino al orden del querer; pertenece al apetito racional, que es la voluntad. Ni puede ser de otra manera, porque la justicia dice relación al obrar, a la acción justa, como principio y motor de ella. Es, por lo tanto, la justicia un hábito o virtud de la voluntad.

¿Acaso no podrá decirse mejor que la justicia es una *emoción*, una reacción emotiva? Así se podría deducir del emotivismo ético, corriente de filosofía moral que entiende las virtudes como reacciones emotivas. En parte, así lo sostiene también Ross, en el lugar citado, cuando afirma que hablar de ley injusta es producto de una emoción. Pero esto no es sostenible. Las emociones son reacciones del apetito sensitivo –la sensibilidad– y la acción justa –a la que se ordena la justicia– es un acto de voluntad; es obvio que pagar una deuda o respetar la vida o hacienda ajenas, no es una emoción, sino un acto voluntario. Y es que la acción justa –y con ella la justicia– requiere como supuesto un conocimiento racional, por cuanto se funda en el conocimiento de la ley y del derecho, que es cosa de razón y no de sensación o percepción por la sensibilidad. Ahora bien, si el saber que requiere el acto justo es racional, lo que se mueve y opera por él es el apetito racional, esto es, la voluntad. Y si la acción justa es un acto voluntario, el correspondiente hábito, la justicia, inhiere en la voluntad. Luego la justicia es un hábito de la voluntad[108].

107. Sobre el punto de partida de la justicia, puede verse J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, cit., págs. 23 ss.

108. Vide al respecto las palabras de Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, II-II, q. 58, a. 4: "Sujeto de la virtud es aquella potencia a cuyo

Lo mismo se ve, mirando a lo opuesto que es la injusticia. Es principio elemental que el acto injusto es un acto voluntario. Sólo si se es injusto mediante actos voluntarios, hay injusticia formal. Por lo tanto, si la injusticia es cosa de la voluntad, la justicia también lo es.

Otra cosa distinta es que a la percepción de la injusticia, que es necesariamente un conocimiento racional, acompañe a veces una reacción emotiva.

e) Como sea que la justicia tiende a dar a cada uno lo suyo, y este dar lo suyo es lo correcto, resulta obvio que la rectitud de la justicia –lo que la hace virtud– es justamente dar lo suyo. En esto consiste la rectitud propia de la justicia. Así, pues, la armonía o rectitud objetiva de la acción justa no reside tanto en la intención recta, como en la objetividad de lo dado. En efecto, la finalidad de la justicia es el orden justo, pues es la justicia la virtud de construir ese orden; pero se trata de un orden objetivo, que se consigue cuando cada uno tiene lo suyo; en consecuencia, lo que mide la rectitud o armonía de la acción justa –y por tanto de la justicia– es la objetividad de dar precisamente lo suyo a cada uno[109]. De ahí

acto se ordena la virtud para rectificarlo. Mas la justicia no se ordena a dirigir algún acto cognoscitivo, pues no se nos llama justos porque conozcamos algo rectamente. Y, por consiguiente, el sujeto de la justicia no es el entendimiento o la razón, que es potencia cognoscitiva. Se nos llama justos por el hecho de que obremos algo rectamente; y pues el principio próximo del acto es la fuerza apetitiva, es necesario que la justicia se halle en una facultad apetitiva, como en su sujeto. Hay, empero, un doble apetito, a saber: la voluntad, que radica en la razón, y el apetito sensitivo, consiguiente a la aprehensión del sentido, el cual se divide en irascible y concupiscible, según lo expuesto. Mas dar a cada uno lo suyo no puede proceder del apetito sensitivo, porque la percepción sensitiva no se extiende hasta poder considerar la relación de una cosa con otra, pues esto es propio de la razón. Por eso la justicia no puede radicar en lo irascible o en lo concupiscible, sino solamente en la voluntad; de ahí que Aristóteles defina la justicia por el acto de la voluntad, según lo dicho".

109. Vale a este respecto, lo que escribe TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, q. 58, a. 10 c. y ad 1: "Según lo expuesto arriba, las otras virtudes morales tienen por objeto principalmente las pasiones, cuya rectificación no se considera sino en relación al hombre mismo, de quien son las pasiones, en cuanto se irrita o desea como debe, según las diversas

que el problema principal de la justicia resida en la determinación de "lo suyo" de cada uno[110].

La justicia es la virtud del orden justo y, por lo tanto, del orden social. En este sentido, es una virtud con finalidad *social*. ¿Qué se quiere decir con esto? Fundamentalmente se quiere decir que, aunque es una virtud personal, su objetivo directo –y por lo tanto la raíz de su carácter virtuoso– es la correcta relación de cada persona o institución con lo suyo. El término de la acción de la virtud de la justicia no es la subjetividad del yo o del otro, sino la objetividad del orden justo[111]. Si la justicia es virtud, lo es en tanto que el orden justo es un bien humano, es decir, que corresponde al orden de la persona humana y al orden de la sociedad, la cual es expansión natural de una dimensión de la persona humana; consecuentemente el orden justo pertenece a la esfera de realización –perfeccionamiento personal– de la persona. De lo dicho se desprende que la *intencionalidad* de la justicia –aquello a lo que se dirige– no reside en el bien subjetivo propio o ajeno, sino en el bien objetivo que representa el orden justo. De ahí

circunstancias. Y, por lo tanto, el medio de tales virtudes no se determina por la proporción de una cosa a otra, sino sólo en relación con el mismo sujeto virtuoso. Por ende, en estas virtudes el medio es únicamente racional y con respecto a nosotros. Pero la materia de la justicia es la operación exterior, en tanto que esta misma, o la cosa de que se hace uso, tiene respecto de otra persona la debida proporción. Y, en consecuencia, el medio de la justicia consiste en cierta igualdad de la proporción de la cosa exterior a la persona exterior. Ahora bien, lo igual es realmente el medio entre lo mayor y lo menor, como Aristóteles enseña. Luego en la justicia hay un medio real... Este medio objetivo es también medio racional y, por tanto, en la justicia se cumple la razón de virtud moral".

110. Como lo suyo de cada uno es su derecho, los problemas de la justicia, más que de la propia justicia, lo son del derecho. Más que la teoría de la justicia, lo importante y decisivo es la teoría del derecho o, más exactamente, la teoría de los derechos.

111. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, q. 58, a. 11: "Según lo ya expuesto, la materia de la justicia es la operación exterior, en cuanto que esta misma, o la cosa que por ella usamos, es proporcionada a otra persona, a la que somos ordenados por la justicia".

que la rectitud de la justicia y de la acción justa se mida por la consecución efectiva del orden justo[112].

f) Como sea que la justicia consista en la virtud de dar a los demás lo suyo, es obvio que la justicia tiene como característica la *alteridad*, esto es, ser virtud de una relación social, decir relación al otro. ¿Qué se quiere decir con esto? Fundamentalmente significa que lo que tiene razón de bien y de recto –lo virtuoso– es el equilibrio o armonía –proporción– entre dos o más sujetos, esto es, la armonía entre personas, que viene determinada por la proporción de las personas respecto de una cosa: que se dé justamente el derecho del otro[113]. La justicia tiene por término al otro según una relación de proporción o armonía, que es igualdad, como se verá más adelante al hablar del derecho.

Ahora bien, es preciso matizar de qué modo la justicia tiene por término al otro. No es como la liberalidad o el amor que se encuadran en relaciones yo-tú, ordenadas a la subjetividad del otro; la justicia se ordena al otro en lo que atañe a su condición de titular de cosas suyas para establecer o restablecer el orden justo[114]. Por eso, lo que importa en la justicia es la voluntad de implantación del orden justo, no la afección o el ánimo con que se contemple al otro, esto es, no interviene la relación entre las subjetividades de las partes[115].

112. Como dice T. D. Casares: "La virtud de la justicia debe ser juzgada no por la perfección que logra en el sujeto internamente, sino por la perfección que establece en la relación jurídica". *La justicia y el derecho*, 3ª ed. (Buenos Aires, 1974), pág. 19.

113. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, q. 58, a. 10.

114. "Y, por lo tanto, como la justicia se ordena a otro, no tiene por objeto toda la materia de la virtud moral, sino solamente las acciones y cosas exteriores, conforme a cierta razón especial del objeto, esto es, en cuanto que por ellas un hombre se coordina con otro". TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, q. 58, a. 8.

115. "En consecuencia, se da el nombre de justo a aquello que, realizando la rectitud de la justicia, es el término del acto de ésta, aún sin tener en cuenta cómo lo ejecuta el agente (*etiam non considerato qualiter ab agente fiat*), mientras que en las demás virtudes no se califica algo de recto sino en atención a como el agente lo hace". TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, q.

g) Este tipo de precisiones tiene importancia, porque, entre otras cosas, dan lugar a la aparición del oficio de jurista, como distinto del moralista. El oficio de jurista tiene relación con la virtud de la justicia, pero su misión no es la del moralista, porque no es propio de él el dinamismo ético de la justicia (el perfeccionamiento personal de quien obra la justicia), sino el dinamismo social y objetivo de la justicia (la implantación del orden justo), que tiene un aspecto técnico (dar efectivamente a cada uno lo suyo). En relación a este aspecto técnico actúa el jurista.

h) Un hecho peculiar del orden jurídico es que en él intervienen como sujetos de la acción justa, no sólo personas físicas (el hombre individualmente considerado), sino también las colectividades, las personas jurídicas o morales. ¿En qué sentido puede hablarse de virtud de la justicia respecto de estas últimas y en qué sentido les son aplicables las consecuencias de lo que es y representa la justicia?

Al hablar de la virtud de la justicia se hace referencia al hombre, no a las instituciones, aunque no falte, excepcionalmente, alguna alusión a la virtud de las instituciones[116]. Propiamente hablando las virtudes son cualidades personales del hombre y, en concreto, la justicia es un hábito de la voluntad. Por lo demás, el orden moral es orden personal del hombre y, por lo tanto, como las virtudes pertenecen al orden ético, toda virtud es siempre predicable de la persona humana. Los actos de las virtudes son actos de las personas, no de las instituciones. La templanza, la

57, a. 1. Al respecto comenta Cayetano, que hay una esencial diferencia entre lo recto según justicia y lo recto según las demás virtudes. Así, por ejemplo, al devolver tal cantidad de dinero al acreedor, no varía lo justo porque se devuelva por odio, envidia o vanagloria, pues lo que se da es justamente lo que se debe. En otras virtudes, en cambio, como la templanza, se tienen en cuenta tales cosas, por ejemplo, si se es sobrio por avaricia, por respetos humanos, etc. *Sancti Thomae Aquinatis opera omnia iussu impensaque Leonis XIII edita cum commentariis Thomae de Vio Caietani*, IX (Romae 1897), pág. 4.

116. Cfr. J. RAWLS, *Justicia como equidad*, cit., págs. 18 s. El autor parece hablar de virtud en un sentido amplio, para referirse a cualidades (modernas, eficientes, etc.).

valentía, la prudencia, etc., son cualidades propias de las personas y sólo éstas son sujetos de los actos correspondientes.

Todo esto es verdad, pero no debe olvidarse que la virtud de la justicia presenta una peculiaridad: el acto de la justicia puede tener por sujeto una institución. Es ello algo común en la vida jurídica: el pago del precio estipulado, la devolución de un depósito, la entrega de la mercancía convenida, etc., pueden tener por sujeto a una persona jurídica. Ciertamente, tras las instituciones están las personas, pero no es menos verdad que el sujeto de atribución del acto es la persona jurídica o moral. Así, por ejemplo, en el caso de ejecución forzosa de una deuda, se embargarán los bienes de la persona moral, pero no los de las personas físicas que la compongan.

La persona moral actúa en la vida jurídica como sujeto de la acción justa y a ella se atribuye una voluntad (actos de la persona moral). Por lo tanto, de ella es predicable la justicia. Naturalmente se trata de una predicación analógica, como es analógica la voluntad de la persona moral y su condición de sujeto de un acto. Mas en esta línea de predicación analógica cabe hablar de la justicia de las personas morales, si bien, en definitiva, con ello lo que quiere ponerse de relieve es la recta disposición de los órganos de la persona jurídica a cumplir con los deberes de justicia.

i) Todo esto pone de manifiesto que la justicia es una virtud *objetivable*, es decir, que puede ser vista –metodológicamente se entiende– en su aspecto técnico, abstraída su médula ética, como disposición a la implantación del orden justo. Abstraída la subjetividad ética de la justicia, ésta queda como disposición de los sujetos del orden social a la acción justa, enlazando así con el oficio de jurista. Queda como presupuesto del orden jurídico y en este sentido interesa a la filosofía del derecho.

8. EL CENTRO DE INTERÉS: LA ACCIÓN JUSTA. En relación con lo últimamente dicho cabe hacer las siguientes observaciones. La ciencia o arte del jurista es una ciencia social, decíamos. Su finalidad superior es aquel orden o armonía de la vida social –el orden justo– que consiste en que cada cual tenga el uso y disfrute

pacífico de lo suyo. Y su fin propio y específico –su objeto– es lo suyo de cada uno, que es lo que dice y declara. Hay, pues, una coincidencia de objetos entre el saber jurídico y la virtud de la justicia: en ambos casos, el objeto propio y específico es lo suyo. Ya decíamos que, respecto de la necesidad de dar a cada uno lo suyo, había que distinguir entre el querer y el saber. Ambos, sin embargo, tienen el mismo objeto: se trata de saber lo que la voluntad debe querer. En este sentido, aunque la justicia no es la virtud específica del jurista –para él es un presupuesto–, la coincidencia de objeto y la relación entre arte del jurista y virtud de la justicia –saber para la justicia– suponen, como hemos dicho, la necesidad de estudiar la justicia dentro de la filosofía del derecho.

Pero el hecho de que el arte del jurista sea una ciencia social implica que, al llegar a este punto, se matice qué es lo que propiamente interesa al jurista. Ser ciencia social significa que el arte del jurista se interesa primordialmente por la sociedad; lo que constituye su centro de interés no es la rectitud personal del hombre justo, sino la objetiva rectitud o armonía de las relaciones sociales. El jurista no se interesa, pues, directamente –le interesa en todo caso como presupuesto– por la justicia en cuanto es virtud personal del hombre, sino por sus resultados: lo que le interesa es *la acción justa* o acción de dar a cada uno lo suyo. Lo que tiene relación directa con el arte del jurista es la dinámica de la justicia. Esto quiere decir que el hábito o virtud de la justicia propiamente dicha no es lo que constituye aquello con lo que primordialmente se relaciona el saber jurídico, sino que lo es la acción justa. La virtud de la justicia como tal sólo importa a la filosofía jurídica, en cuanto sirve para conocer la acción justa.

9. LA FÓRMULA DE LA ACCIÓN JUSTA. Interesa ahora, en orden a un mejor conocimiento de la acción justa, analizar la fórmula con que se expresa: dar a cada uno lo suyo, que es una descripción del acto justo.

a) Sentido del verbo dar. a') La acción justa o acto propio de la justicia fue designada por los autores romanos como *tribuere*, lo cual traducimos en castellano por *dar*. El verbo utilizado tiene un

sentido muy genérico. En realidad, no existe –al menos en latín y en castellano– ningún verbo que signifique todo el conjunto de acciones específicas que se incluyen en el posible acto de justicia. El verbo que más se acerca es el de restituir y sin duda el acto específico de la justicia puede denominarse en algunos casos –y así lo hace Tomás de Aquino[117] respecto de la justicia conmutativa– como restitución. Pero esta palabra tiene también inconvenientes al no mostrar suficientemente toda la amplitud de la acción justa.

b') La idea que tiene que expresar el verbo que designe el acto justo es la de una acción en cuya virtud lo suyo de cada uno es respetado, o, si ha pasado al poder de otro, es restituido o restablecido en su primitiva posición. Recordemos cuál es el punto de partida del oficio de jurista, que es el punto de partida del fenómeno jurídico: las cosas están repartidas y pasan o pueden pasar a la esfera de poder de persona distinta de su titular. Esto supuesto, la acción justa siempre sigue al hecho de que la tenencia de lo suyo –sea por la dinamicidad de las relaciones sociales, sea por la injusticia– está en la esfera de interferencia de esa tenencia por otros. Si la interferencia se ha producido, la acción justa consiste en restituir la cosa, en restablecer al titular de la cosa en la posición de tenedor real de ella (o según los casos de un valor equivalente). Supongamos el caso más simple del hurto: el acto de justicia consiste en devolver la cosa a su dueño. En otro orden de cosas, si un grupo de ciudadanos se levanta contra el poder legítimo, el acto de justicia se cumple con el sometimiento al poder. En tales casos restituir o restablecer designa con justeza la acción justa.

Hay otras hipótesis en las que los verbos restituir o restablecer resultan menos claros, pero pueden servir igualmente. En una compraventa, a la entrega de la cosa sigue un vacío en el patrimonio del vendedor, que por contrato debe ser restablecido por el comprador mediante la entrega de una cosa de valor equivalente: el dinero del precio. El pago restablece al vendedor en la plena tenencia de su patrimonio. Según el valor etimológico de

117. Cfr. *Summa Theologica*, II-II, q. 62, a. 1.

restituir –*restituere*, restablecer en la posición originaria– el pago es una restitución, sólo que según el uso actual tal verbo resulta obsoleto y aun diríamos que inadecuado. En todo caso, el pago es una acción justa, porque el precio, una vez entregada la cosa, es ya del vendedor, es lo suyo, en el sentido, no de propiedad (que no adquiere sino por la efectiva recepción del dinero), sino de cosa a él debida.

Hay todavía un tercer supuesto. La cosa no puede ser trasladada a manos de otro, pero puede ser interferida, puede ser quitada o lesionada. Por ejemplo, la vida. En tal caso, dar al otro lo suyo se resuelve en el respeto. Aquí el respeto es concomitante a la posesión del bien, al disfrute del derecho; y el verbo restituir no tiene aplicación directa, porque no hay alteración de la situación o posición de la cosa respecto a su titular. Sin embargo, el respeto a la vida es un acto justo.

c') La multiplicidad de formas que puede adquirir la acción justa obliga a utilizar para designarla una palabra lo suficientemente amplia. La que usaron los romanos fue *tribuere* y la que tradicionalmente se usa en castellano es *dar*, verbo de significación muy amplia y, por lo tanto, apta a efectos de designar la acción justa. Con más justeza podemos decir que, al designar la acción justa, dar significa toda aquella acción u omisión en cuya virtud aquello que está atribuido o asignado a uno permanece en su esfera de poder o pasa a estarlo. Significa, pues, entregar, devolver, restituir, respetar, obedecer, etc.

d') Decíamos antes –a propósito de Kelsen– que no hay que confundir la justicia con lo que el Digesto denomina *iuris praeceptum*, aunque a ambos se les asigne la misma fórmula: "suum cuique tribuere", dar a cada uno lo suyo. El precepto es un juicio deóntico: "debe"; esto proviene del derecho –que es algo debido–, del que se deriva un precepto: debe darse a cada uno lo suyo. Dar ha de ser traducido –en la fórmula del *iuris praeceptum*– por debe darse.

Pero esta versión –debe darse a cada uno lo suyo– no es de ningún modo aplicable a la justicia. Ya se ha visto que la justicia

no es un juicio deóntico, ni de ninguna otra especie; no es un juicio de razón. Es un hábito de la voluntad. La acción que de la voluntad justa se genera o acción justa pertenece al orden de los hechos, es un *agere*, un actuar. En consecuencia, no se le puede designar por un enunciado preceptivo; el verbo que le corresponde es el que designa un acto: dar.

Es, en efecto, el acto de justicia la acción de respetar, entregar, restituir, etc., de acuerdo con lo que hemos visto. El acto justo es el cumplimiento del deber jurídico, no este deber. Por lo tanto, pertenece al orden fáctico, de los hechos, es un *Sein*, no un *Sollen*.

Por una traslación de lenguaje se suele hablar de deberes propios de las virtudes: deber de justicia, deber de honradez, deber de religión. Pero es preciso advertir que se trata de una traslación de lenguaje. Las virtudes no son juicios deónticos ni exigencias del ser humano, sino hábitos o disposiciones de las potencias del hombre, particularmente de la razón y de la voluntad. ¿Dónde residen, entonces, esos deberes que indudablemente existen? En el derecho y en la ley, bien sean de la sociedad, bien sean los inherentes a la naturaleza humana. En relación con el derecho y la ley existe el hábito de su satisfacción y cumplimiento, que es la virtud. En el caso de la justicia, el deber de justicia es el deber inherente al derecho. Una cosa es la justicia y otra cosa es el *praeceptum iuris*; la justicia es distinta del derecho y de la norma. ¿Cómo confundir una disposición o hábito de la voluntad con la norma o la idea de derecho? A lo cual hay que añadir –lo advertíamos anteriormente– que la justicia pertenece a la voluntad, mientras que la norma es un acto de imperio de la razón y la idea de derecho es un producto de la razón.

e') No han faltado, como hemos visto, quienes han criticado el uso de *dar* para la fórmula de la justicia, por entender que encierra una falsedad: si una cosa es suya respecto de un sujeto, y le ha sido dada, ya la tiene; y si ya la tiene no es posible dársela. Lo veíamos en Kant; y Pieper[118], aun aceptando la fórmula, no deja

118. *Las virtudes fundamentales*, cit., pág. 133.

de hablar de "hecho extraño". Nada hay de extraño en la fórmula –es de un verismo y de una sencillez aplastantes–, ni ese argumento es otra cosa que un sofisma, un juego de palabras.

Todo nace de no advertir, insistimos, que la justicia –y por lo tanto su definición– surge allí donde, estando las cosas repartidas, están en poder de persona distinta de su titular. Una cosa puede ser mía y al mismo tiempo tenerla en su poder otra persona. Eso es justamente lo que da nacimiento a la justicia. Algo tan sencillo y corriente como un préstamo amistoso nos puede servir de ejemplo, aparte de cuanto ya hemos dicho antes. Si yo presto mi coche a un amigo por una tarde, durante esas horas el automóvil permanece siendo mío y, al mismo tiempo, ha salido de mi esfera de tenencia para entrar y permanecer en la esfera de tenencia del amigo. Terminado el plazo, es de justicia –así lo exige el derecho– que mi amigo me dé –me devuelva– el coche. Una cosa es tener jurídicamente y otra es tener de hecho. El acto de justicia aparece allí donde tener jurídicamente una cosa y tenerla de hecho, de una u otra forma no coinciden. No sólo es verdad que, siendo una cosa de un sujeto (jurídicamente) se le pueda dar esa cosa (de hecho), sino que se le da precisamente porque es suya. Lo dicho: el argumento aludido es un sofisma.

b) *La expresión: a cada uno. a'*) De acuerdo con la definición de la justicia, la acción justa se ordena a dar lo suyo *a cada uno*. Lo cual sirve para señalar una característica del oficio de jurista. Aquello que es propio del jurista es lo que hemos llamado justicia del caso concreto, por oposición a la justicia del político, que sería la justicia del bien común o interés general (si es que tal justicia existe).

¿Qué quiere decir *a cada uno*? Cada uno se opone a conjunto o grupo. La justicia no mira directamente a los grupos o conjuntos, sino a cada una de las personas, singulares o colectivas. Observemos la actividad judicial. No es propio del juez dictar normas sobre repartos de bienes en la comunidad política o trazar programas de actuación para lograr un reparto más justo y equitativo de los bienes y de las cargas. Tal cosa es propia de los políticos y, en general, de las instituciones sociales. El juez, en un

caso concreto, dicta sentencia en relación al conflicto planteado por las partes: declara lo que es suyo de cada una de las partes del proceso. Así es la justicia de los juristas: la justicia del caso concreto. Y tal es la actividad del jurista en general. Su misión es la de determinar el derecho en relación con las personas o instituciones singulares. Por eso es muy propio del jurista la solución de conflictos entre particulares, o entre el Estado y los particulares. No se trata de hacer justicia en general, sino de hacer justicia a cada persona o institución en concreto y en relación a todos y cada uno de sus derechos. Ello se deriva de la naturaleza del derecho; cada derecho es igualmente debido a su titular y, por lo tanto, a cada titular debe reconocerse y respetarse todos sus derechos. Para ello es necesaria una organización social que lleve la justicia a todos y en cada caso concreto: esta es la misión de la corporación de los juristas. Todo esto nos pone de relieve un rasgo propio del oficio de jurista. El oficio de jurista existe para hacer justicia a cada persona y en cada caso. Para lo común o general ya existen los políticos. El jurista está para el caso concreto y singular, de modo que se consiga que todos y cada uno vean reconocido su derecho. Esta acción de capilaridad para llevar la justicia a todos y cada uno es lo típico del jurista.

b') A cada uno. Tal rasgo pone de relieve que la justicia, en cualquiera de sus manifestaciones, requiere el respeto del derecho de todas y cada una de las personas. Una justicia para la generalidad, la mayoría, junto con el desprecio del derecho de la minoría, no es justicia: sigue siendo injusticia y opresión. Todo lo más supone la sustitución de una injusticia por otra de distinto signo.

El justo es el que da a cada hombre, en su singularidad, aquello que le corresponde. Es el respeto al derecho de cada uno y, por lo tanto, de todos. No es justicia esa justicia selectiva que tantas veces vemos en nuestro mundo. Por ejemplo, la justicia de clase. Sus secuaces, para hacer justicia a una clase social –v. gr., los campesinos, los oprimidos, etc.–, no dudan en lesionar el derecho –a veces derechos humanos elementales, como el derecho a la vida, o a la libertad– de quienes, según ellos, son un obstáculo a

esa justicia de clase. Eso es política –y sin duda ilegítima–, pero no es justicia. La justicia es, en este sentido, omnicomprensiva y particularista a la vez: a *todos* sin excepción y por lo tanto a *cada uno*.

Con ello se advierte que la tarea de implantar la justicia es enormente exigente; no puede conformarse con generalidades o con la mayoría, debe llegar a cada uno. Precisamente en ese intento de llegar a cada uno se inscribe la función social del jurista.

c') Dar a cada uno lo suyo lleva a dar a todos lo suyo. Es esto consecuencia del principio de igualdad de todos los hombres como sujetos de derecho y la correspondiente igualdad en la fuerza de deuda –la igual exigibilidad en consecuencia– de todo derecho. Todos los hombres, en la balanza de la justicia, pesan igual en cuanto sujetos de derecho. Como sea que la fuerza del derecho se origina en la dignidad de la persona humana, todo derecho tiene igual fuerza, porque la dignidad fundamental de todos los hombres –aquélla en la que se asienta la condición de sujeto de derecho– es igual en todos.

En relación con el derecho todos los hombres valen lo mismo y su derecho tiene idéntica fuerza. Por eso la justicia mira a satisfacer el derecho de todos, llegando a cada uno. Esto nos indica que el derecho no es un consecuencia del bien común o interés general, lo que supondría la posibilidad de su satisfacción general, aunque se produjesen fenómenos más o menos amplios de marginación en el disfrute de los bienes, según suele ser frecuente en las medidas orientadas al bien común, como son las medidas políticas. Por ejemplo, una medida económica para sanear las estructuras productivas, justificada por el beneficio general que aporta a la sociedad, puede originar paro, que supone un perjuicio para una minoría de ciudadanos. El perjuicio de unos pocos se justifica por el bien común y general. No es éste el caso del derecho. Su fundamento no es el bien común, sino la dignidad de persona del hombre. Por eso la obra de la justicia no consiste en medidas generales, que pueden producir fenómenos de marginación, sino que consiste en el respeto del derecho –y de todos los derechos– a

todos y a cada uno de los hombres e instituciones portadoras de derechos.

Por eso, en relación con la justicia, no cabe favorecer determinados valores a costa del perjuicio de algunos derechos. Eso sigue siendo injusticia.

d') Los fenómenos de marginación que afecten a verdaderos derechos, sean naturales sean positivos, constituyen injusticias, pues suponen la negación o el quebrantamiento del derecho. Es propio de la justicia que no admita marginaciones, porque lo específico de ella es dar a cada uno lo suyo, que es lo que viene exigido por la naturaleza del derecho. Por eso mientras existan ese tipo de marginaciones habrá injusticia, lo que revela unas estructuras sociales injustas. La justicia llega a todos por igual y no hace acepción de personas.

La acepción de personas tiene lugar cuando en el ámbito del derecho se tienen en cuenta condiciones, situaciones o relaciones de la persona distintas al estricto hecho de ser titular del derecho, para reconocerle el derecho o para negárselo. Bien puede decirse que la acepción de personas es la injusticia fundamental, pues lo típico de la justicia es no tener en cuenta, en orden a dar a cada uno lo suyo, otra cosa que el nudo y escueto hecho de ser titular del derecho y el igual reconocimiento de todo título de derecho.

c) *Significado de lo suyo*. *a'*) En la definición de la justicia y en la fórmula del *iuris praeceptum* (el deber fundamental del orden jurídico) el derecho es designado con el término genérico *suum*, lo suyo. Corresponde ahora exponer algunas consideraciones en torno a tal expresión.

Lo primero que salta a la vista es la multiformidad de lo suyo. Que algo es suyo respecto del titular no siempre significa lo mismo; son muchas las maneras que admite predicar de alguien que una cosa es suya. La plasticidad y la generalidad de la fórmula con que se define la justicia es evidente y en ello reside su virtud y su capacidad de significar el derecho y abarcar tantas modalidades de derecho como existen. Observemos una expresión coloquial tan corriente como "voy a mi casa" u otra similar como "mi

domicilio". Un edificio, un piso es "mi casa", si en ella he establecido mi morada y residencia, independientemente de si la poseo en propiedad o en arrendamiento. En cualquiera de los dos casos es "mi casa" y en ella tengo "mi domicilio". Sin embargo, la casa no es mía del mismo modo en los dos casos citados, aunque en cualquiera de ellos quien entrase en ella contra mi voluntad cometería un allanamiento de morada. Por otra parte, cuando hablo de "mi domicilio", el adjetivo "mío" tiene un matiz diferente que cuando hablo de "mi casa". Mío, tuyo y suyo son palabras que, designando que algo está atribuido al sujeto, admiten múltiples formas de atribución. Si pensamos ahora en un cargo, cuando hablamos de "su cargo", el adjetivo denota otro modo de atribución que "su casa" o "su reloj".

No se tiene del mismo modo una casa que un cargo. Igual ocurre si hablamos del hijo suyo o de su esposa. En todos los casos estamos usando con propiedad el término suyo, y en todos los casos es distinta la forma con que la cosa es suya del titular. Lo suyo denota una relación de atribución o pertenencia, mas la atribución o la pertenencia admiten mucho modos. Por lo tanto, lo suyo es expresión genérica y pluriforme, que abarca todos los modos posibles de predicar de algo que está atribuido a un sujeto. Comprende, pues, todas las clases posibles de derechos (propiedad, arrendamiento, jurisdicción, competencia, función, etc.). Si, pues, *lo suyo* es pluriforme, ¿cuál es su esencia? ¿qué es lo que unifica en una misma categoría tantas formas de lo suyo? Lo esencial es la atribución con la fuerza de deuda en sentido propio y estricto, que es la misma en todos los casos. El deber de pagar, por ejemplo, tiene igual fuerza en un arrendamiento que en una compraventa. En todas las diversas formas de *lo suyo*, la fuerza de la atribución es la misma y, en consecuencia, la fuerza de la deuda es igual en lo que atañe a la obligación de dar.

¿Qué significa, en conclusión, suyo? Quiere decir una atribución exclusiva, que algo está asignado a un sujeto con exclusión de los demás, según distintos modos de atribución y pertenencia.

b') En segundo lugar, lo suyo es una cosa, como ya se ha puesto de relieve tantas veces en las líneas anteriores. Lo que da la acción justa es una cosa, aquello que pertenece al titular por una relación de atribución. Y lo que el arte del jurista determina es esa cosa. También aquí el término usado no puede ser más general y omnicomprensivo: cosa. ¿Por qué esa buscada generalidad, a la vez que omnicomprensión? Porque lo que puede constituirse en derecho es muy vario: materia inerte –fundos, casas, objetos de arte, dinero, máquinas, etc.–, semovientes o animales, cosas incorporales –funciones, cargos– y aun personas (el hijo, la esposa, etc.). Cualquier ente que pueda estar atribuido a un titular –según la multiplicidad de formas de atribución y pertenencia posibles– constituye lo suyo del dicho titular.

c') Precisamente por su índole omnicomprensiva, la palabra cosa abarca cuanto es capaz de constituirse en derecho, lo mismo si se trata de cosas corporales que incorporales. Efectivamente, ambos tipos de cosas son capaces de estar atribuidas a un titular, siendo, por consiguiente, suyas, su derecho. Así pues, lo suyo comprende lo mismo cosas corporales, que incorporales. Ejemplos de las primeras pueden ser un fundo, una cantidad de dinero, etc. Ejemplos de las segundas pueden ser un cargo o función, un poder o una facultad de hacer.

Lo suyo, es decir, el derecho, se extiende a cosas tan dispares como un semoviente, la vida o la integridad física, la libertad de la conciencia, una actividad o acción humana como el trabajo, un servicio o prestación, etc. Todo lo que es capaz de atribución en exclusiva y, por ende, capaz de constituirse como lo suyo de un titular es objeto de la justicia, si entra dentro de las relaciones intersubjetivas, esto es, entre distintos sujetos.

d') Una cosa digna de notarse es que la definición de justicia –de la acción justa– y la fórmula del deber fundamental del orden jurídico no dicen que hay que dar a todos lo mismo, sino que hay que dar a cada uno lo suyo. No consiste, en efecto y es fundamental tenerlo en cuenta, la justicia en dar lo mismo, sino en dar lo suyo. Cuando se dice que lo propio de la justicia es dar a

todos lo mismo se está cayendo en una falacia: confundir la acción de repartir con la acción justa.

Es posible –no es el momento de entrar en la cuestión– que los bienes y la cargas deban repartirse en igual medida a todos. Suponiendo que esto sea posible –lo cual es mucho suponer, ya que tal suposición bordea la utopía (la absoluta igualdad es rigurosamente imposible, dada la diversidad de condiciones y situaciones en las que el hombre se encuentra)–, dicha igualación se predica del acto de repartir; pero esto no es lo que corresponde a la acción justa –a la justicia–, pues tal acción presupone, lo hemos dicho, que las cosas están repartidas. La acción justa es consecuencial al reparto ya hecho. Cuando las cosas están repartidas y existe lo mío, lo tuyo, es cuando, si las cosas salen o pueden salir de la esfera de domino del titular, entra en juego la justicia. Por lo tanto, la fórmula de la justicia debe decir "lo suyo" y no "lo mismo".

Podemos suponer que hay que dar a todos lo mismo, porque –y en muchos casos así es– todos tienen igual derecho, esto es, porque lo suyo de cada uno es lo mismo que lo suyo de los demás: en tal supuesto, lo justo es dar a todos lo mismo. Es cierto que así es, pero obsérvese que a todos se da lo mismo, porque es lo suyo, no al revés. Por lo tanto, sigue siendo verdad que la fórmula exacta de la justicia y de la acción justa es dar a cada uno lo suyo y no dar a todos lo mismo.

Lo que acabamos de decir nos pone de relieve la falacia del igualitarismo, al afirmar que dar a todos lo mismo es propio y connatural con la justicia. O lo que es lo mismo, que la justicia consiste en el igualamiento. Hay aquí un sutil error. Ciertamente la justicia tiene una inherente dimensión de igualdad: trata a todos igual, sin discriminación o acepción de personas. Pero esta igualdad no está en lo que da, sino en cómo lo da. La justicia trata a todos por igual, porque a todos trata lo mismo: da el mismo e idéntico trato a todos los titulares del derecho y toda titularidad tiene la misma fuerza. En otras palabras: a todos los hombres los reconoce iguales como sujetos de derecho.

Pero el reparto igualitario no es cuestión de justicia, sino de algo que la precede: o la naturaleza –la condición humana– o una

decisión política de la sociedad. Si la exigencia de igualación se considera antecedente a la decisión política de la sociedad, entonces necesariamente se llega a la naturaleza humana. ¿Qué pasa, entonces, con el igualitarismo moderno que hace suyo el dicho de Sartre: "il n'y a pas de nature humaine"[119]? Sucede que la invocación a la justicia es un enmascaramiento de la naturaleza –del derecho natural–, un enmascaramiento que no se sostiene, porque subvierte la noción misma de justicia.

10. LA ACCIÓN JUSTA COMO ACTO SEGUNDO. *a*) Por la propia definición de la justicia y de la acción justa se advierte un axioma fundamental –al que ya nos hemos referido– para entender esa virtud y esa acción. Este axioma podemos enunciarlo así: la justicia y la acción justa siguen al derecho; o también: el derecho preexiste a la justicia y a la acción justa[120]. En otras palabras, el acto de la justicia o acción justa es un *acto segundo*, por seguir la terminología de Pieper[121].

b) ¿Qué quiere decir acto segundo? Quiere decir que la acción justa presupone el acto de constitución del derecho, el cual, en relación con la justicia, aparece como acto primero o antecedente. Es algo axiomático y evidente. Si el acto justo consiste en dar a cada uno lo suyo, lo que equivale a decir su derecho, resulta obvio que el derecho preexiste al acto justo. La acción justa tiene lugar si –y sólo si– existe un derecho que tiene que respetar, si el titular tiene algo suyo, que hay que darle. Ya se dijo antes que el punto de partida de la justicia es que las cosas estén repartidas. El reparto es, pues, antecedente a la justicia y a la acción justa.

c) Lo cual tiene como consecuencia que el reparto no es un acto de la justicia. No es propio de la justicia repartir los bienes y las cargas. Sin embargo, con ser esto algo axiomático y evidente de por sí, resulta una verdad sumamente oscurecida en la mentalidad

119. *L'existencialisme est un humanisme* (Paris 1946), pág. 22.
120. Vide TOMÁS DE AQUINO, *Summa contra Gentiles*, II, 28.
121. *Las virtudes fundamentales*, cit., pág. 89.

común, que tiene como más verdad que la justicia es virtud del reparto y, en consecuencia, que hay repartos justos e injustos. En rigor esto es un error, pero como ocurre que en los errores comunes y más extendidos suele haber un punto de verdad, se impone una breve reflexión al respecto.

Repartir los bienes y las cargas es, de suyo, un acto de dominio o potestad. Sólo quien tiene un dominio sobre los bienes puede repartirlos, haciendo que los bienes divididos pasen a ser de otros. El reparto es un acto de dominio, porque es un acto de traslación de dominio. En relación a los favorecidos por el reparto, las cosas repartidas no son suyas antes del reparto, se hacen suyas por la concesión del dominio que otorga el reparto. Si un padre divide su fundo entre los hijos, antes de la división y del reparto los fundos resultantes todavía no son de los hijos. Si un organismo estatal, en un proceso de reforma agraria, adquiere un latifundio y lo divide en parcelas que entrega a los nuevos colonos, es obvio que antes del reparto las parcelas no son suyas respecto de los colonos. No habiendo lo suyo en relación con los beneficiarios del reparto, éste no es un acto de dar a cada uno lo suyo y, por lo tanto, no es un acto de justicia, es un acto de dominio. El reparto puede ser también un acto de potestad, como el reparto de cargas tributarias o la atribución de penas a los delitos. Acto de dominio o potestad, pero no acto de justicia. Y es que la justicia no consiste en repartir, sino en respetar el reparto. El reparto ya hecho es el presupuesto de la justicia.

d) Sin embargo, parece con no menos evidencia y claridad que existen repartos justos e injustos. Ciertamente no se puede negar que hay repartos justos e injustos y que, a veces, la acción justa, la acción de dar a cada uno lo suyo consiste en repartir bienes y cargas. Esto es verdad, pero no lo es menos que, en tales casos, preexiste al reparto el derecho de los destinatarios del reparto a la parte correspondiente, lo que supone que tal reparto es un reparto segundo o consecuencial a un primer y originario reparto, que constituye el derecho. Es el caso del reparto de un herencia hecha por el juez o el albacea. Tal reparto a los herederos tiene como antecedente la ley o el testamento, los cuales, una vez muerto el

causante, son título de derecho para los herederos respecto de la herencia yacente. La parte de la herencia que le corresponde es ya del heredero, fallecido el causante, por título de ley o de testamento, aunque todavía no resulte claro qué bienes en concreto constituyen su parte. Precisamente determinar lo suyo del heredero –su herencia– es función del jurista. En estos repartos segundos –esto es, que son subsiguientes al derecho preconstituido– interviene la justicia y hay repartos justos e injustos.

e) Todo ello nos pone de relieve que si podemos hablar de la justicia en relación a unos repartos y si existen repartos justos e injustos es porque a esos repartos antecede el derecho, son repartos segundos. ¿Y si resulta que a esos repartos no antecede un derecho positivo? Entonces, una de dos, o no es posible invocar la justicia o lo que antecede es un derecho natural. Lo que no cabe es, en ausencia de un título de derecho positivo, invocar la justicia para un reparto y, a la vez, negar el derecho natural. Esto es una inconsecuencia. La justicia no es cuestión de ideas o ideales, sino cuestión de derecho realmente existente.

11. LA JUSTICIA GENERAL Y LA JUSTICIA PARTICULAR EN RELACIÓN AL ARTE DEL JURISTA. *a*) Hemos visto en Aristóteles y Tomás de Aquino –muchos otros autores les siguen– la distinción entre justicia general y justicia particular. Hemos de ver ahora qué interés puede tener esta distinción para el jurista –y por lo tanto para la filosofía del derecho– y de qué modo debe hacerse esa distinción desde la perspectiva del jurista.

b) De esa distinción se ha ocupado Villey, quien sostiene que la justicia general pertenece a la moral y no al derecho, de modo que no interesa directamente al jurista. La justicia propia del derecho –y en consecuencia aquella que tiene relación con el oficio de jurista– sería la justicia particular.

En efecto, según Villey la justicia general es la suma de las virtudes y consiste en el cumplimiento de la ley moral. Pertenece, pues, al campo de la ética, ya que consiste en la conformidad de la conducta de una persona con la ley moral en su integridad. Las

leyes morales, aunque afecten al derecho y se relacionen con él, no son el derecho y, en consecuencia, la justicia general no es aquella justicia que tiene relación directa con el jurista. La justicia particular, en cambio, atañe al reparto de bienes y, por ello, da lugar a lo suyo, al derecho de cada uno, ya se refiera a la distribución de bienes y cargas, ya a las relaciones entre particulares; es, por lo tanto, la justicia que está en la base del derecho, la justicia que dice relación con el arte del jurista[122].

c) Hay en esto una inexactitud por lo que a la justicia general o legal se refiere. Si en la época anterior a Aristóteles se confundió la justicia general con toda virtud o suma de virtudes y, en definitiva, algo o mucho de esto sucedió en la Patrística y los escritores de la alta Edad Media, Aristóteles y sobre todo Tomás de Aquino no identificaron sin más la justicia general con la suma de las virtudes. Veíamos una precisión importante en el filósofo griego: la justicia general comprende las virtudes en cuanto se refieren al bien del otro y se ordenan al bien de la comunidad, esto es, la justicia es el bien político, consistente en lo conveniente para la comunidad[123]. Lo que esto quiere decir es que la justicia general se refiere a la ordenación de las conductas al bien común; lo cual sí tiene que ver con el oficio de jurista, porque la relación de la persona con la comunidad política tiene una dimensión jurídica. No es sólo moral, ahí hay derecho.

Más claro todavía es Tomás de Aquino. La justicia general ordena la conducta de la persona al bien común y en esto consiste la esencia de dicha justicia en cuanto justicia, puesto que la justicia siempre se refiere a otro. Por eso la justicia es una virtud especial en su esencia, no toda virtud[124]. Ahora bien, la ordenación de las

122. Vide *Compendio de Filosofía del Derecho*, I, cit., págs. 73 ss.
123. Cfr. *Politica*, III, 12, 1282 b y *Ethica Nicomachea*, V, 1, 1130 a.
124. "... del mismo modo la justicia legal es virtud especial en su esencia, en cuanto mira al bien común como objeto propio... Cada virtud, por su propia esencia, ordena su acto al propio fin. Mas que el acto sea ordenado a un fin superior, ya siempre, ya algunas veces, esto no pertenece a la virtud por sí misma, sino que es preciso que haya otra virtud superior por la que el acto se ordene a aquel fin. Y así debe haber una virtud superior que ordene todas las

conductas al bien común corresponde a las leyes de la comunidad, por lo cual la justicia general consiste nuclearmente en el cumplimiento de las leyes, de donde le viene a la justicia general el nombre de justicia legal[125]. Pero las leyes de la comunidad política son derecho, su cumplimiento es cosa que pertenece al oficio de jurista; de donde se sigue que la justicia legal es una parte de la justicia que dice relación con el arte del jurista, de quien es muy propia la *interpretatio legum*, la interpretación de las leyes.

Cuando decimos que la justicia consiste en el cumplimiento y satisfacción del derecho, ahí se incluye el cumplimiento del ordenamiento legal (la justicia legal); y cuando afirmamos que la acción justa consiste en dar a cada uno lo suyo, con lo suyo queremos significar también que cumplir las leyes es deber del ciudadano y derecho de la comunidad política, de modo que el cumplimiento de las leyes es lo suyo de la comunidad política en relación con el ciudadano, lo debido por éste según derecho a la comunidad. Por lo tanto, la justicia legal pertenece a la teoría de justicia y de la acción justa, en cuanto interesan al jurista y a la filosofía del derecho.

d) En cambio, carece de interés para el jurista –y correlativamente para la filosofía del derecho– la consideración dúplice de la justicia: justicia legal y justicia particular. La discusión acerca de si la justicia legal es una virtud distinta de la virtud cardinal de la justicia (que se limitaría a la justicia particular)[126], no tiene relevancia para una teoría de la justicia y de la acción justa desde la perspectiva del jurista. Puede ser que a la ética le interese distinguir entre una virtud general que ordena a las demás virtudes y una virtud particular, pero todo esto es ajeno al

virtudes al bien común; ésta es la justicia legal, que no se identifica por esencia con toda virtud". *Summa Theologica*, II-II, q. 58 a. 6 c. y ad 4.

125. "Y, puesto que a la ley pertenece ordenar al bien común, según lo expuesto, síguese que tal justicia, denominada 'general' en el sentido expresado, es llamada 'justicia legal', esto es, por la que el hombre concuerda con la ley que ordena los actos de todas las virtudes al bien común". *Summa Theologica*, II-II, q. 58, a. 5.

126. Vide M. MOIX, ob. cit., págs. 250 ss.

interés del jurista. Para el arte del jurista esos matices resultan indiferentes, pues ninguna consecuencia jurídica –ni sustancial ni metodológica– se deriva de ellos; y como cada ciencia conceptualiza según su perspectiva, en filosofía del derecho se impone la consideración unitaria: hay una justicia que se define como la virtud de dar a cada uno lo suyo.

e) Por el contrario, tiene interés distinguir ente lo justo legal, lo justo distributivo y lo justo correctivo o conmutativo. Sin embargo, este interés se ciñe al distinto criterio de determinación de lo igual como característica de lo justo, o sea, del derecho. Los tres tipos de lo justo representan tres modalidades de las relaciones de justicia o relaciones jurídicas en razón de los diversos criterios de igualdad[127]. Por lo tanto, no interesan de suyo como posibles tipos o clases de justicia, sino como tipos de lo justo, del derecho. Pertenecen más a la teoría del derecho que a la teoría de la justicia, por lo cual no tratamos de ellos en esta lección.

127. Aunque Tomás de Aquino habla inequívocamente de justicia distributiva y justicia conmutativa, el caso es que Aristóteles escribe "lo justo distributivo" y "lo justo correctivo", refiriéndose, por tanto, no a la justicia sino al derecho. Por nuestra parte, no vemos inconveniente especial en la terminología tomista, pero nos parece más exacta la aristotélica, por lo dicho en el texto: el interés de esa distinción reside en la determinación de "lo igual", de la igualdad, y eso es medida del derecho. En todo caso, no es correcto traducir los pasos aristotélicos, cambiando lo justo por la justicia, como hacen no pocas versiones. Cfr. M. VILLEY, ob. cit., págs. 90 ss.; J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, cit., págs. 53 ss.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Social Justice* (Englewood Cliffs, N. J, 1962); AA.VV., *Justice*, ed. por E. Kamenka y A. E-S. Tay (London 1979); E. R. AFTALIÓN, *La justicia y los otros valores jurídicos* (Buenos Aires 1941); ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, libro V, ed. bilingüe por M. Araujo y J. Marías, 3ª ed. (Madrid 1981); M. ASCOLI, *La giustizia. Saggio di filosofia del diritto* (Padova 1930); B. BIONDI, *Diritto e giustizia nel pensiero romano* (Milano 1958); N. BOBBIO, *Teoria della giustizia* (Torino 1953); E. BODENHEIMER, *Treatise on Justice* (New York 1967); N. BOSCO, *Idea e concezioni della giustizia nelle civiltà occidentali*, I, *L'antichità* (Cuneo 1968, reimpr. Torino 1983); E. BRUNNER, *La justicia*, ed. castellana (México 1961); D. CAIAZZO, *L'idea di giustizia* (Roma 1950); ID. *L'idea di giustizia nel pensiero greco* (Roma 1958); T. D. CASARES, *La justicia y el derecho*, 3ª ed. (Buenos Aires 1974); J. CASTÁN, *La idea de justicia* (Madrid 1968); F. D'ANTONIO, *Giustizia* (Firenze 1938); G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, 6ª ed. (Roma 1959); B. DIFERNAN, *El concepto de derecho y justicia en los clásicos españoles del siglo XVI* (El Escorial 1957); E. GARIN, *La giustizia* (Napoli 1968); W. GOLDSCHMIDT, *La ciencia de la justicia (Dikelogía)* (Madrid 1958); A. GÓMEZ-ROBLEDO, *Meditación sobre la justicia* (México 1963); F. HEIDSIECK, *La vertu de la justice* (Paris 1959); H. KELSEN, *¿Qué es justicia?*, ed. castellana (Barcelona 1982); M. KRIELE, *Kriterien der Gerechtigkeit* (Berlin 1963); J. R. LUCAS, *On Justice*, 2ª ed. (Oxford 1989); H. MARCUS, *Metaphysik der Gerechtigkeit* (Basel 1947); D. MILLER, *Social Justice* (Oxford 1976); M. MOIX, *Díke. Nuevas perspectivas de la justicia clásica* (Madrid 1968); R. MUNZEL, *Recht und Gerechtigkeit* (Köln 1965); N. M. L. NATAN, *The concept of Justice* (London 1971); E. OPOCHER, voz *Giustizia*, en "Enciclopedia del Diritto", XIX, págs. 557 ss.; CH. PERELMANN, *Justice et raison* (Bruxelles 1963); G. PERTICONE, *La filosofia del diritto come filosofia della giustizia* (Roma 1962); J. PIEPER, *Las virtudes fundamentales* (Madrid 1976), *Justicia*, págs. 83 ss.; J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, ed. castellana (México 1979); ID., *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, ed. castellana (Madrid 1986); F. SENN, *De la justice et du droit* (Paris 1927); TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, qq. 58 ss.

LECCIÓN VI

EL DERECHO

SUMARIO: 1. El concepto de derecho. 2. Etimología y definición nominal de derecho. *a*) *Introducción*. *b*) *Etimología de "ius"*. *c*) *Etimología de la palabra derecho*. *d*) *Orígenes indoeuropeos*. *e*) *Definición nominal de derecho*. 3. Las varias acepciones de la palabra derecho. 4. El derecho en sentido propio y primario. 5. La definición de derecho. 6. El derecho objeto de la justicia. 7. El derecho como debido. La obligatoriedad. 8. El título. 9. La medida. 10. El derecho como lo justo. 11. El derecho como lo igual. *a*) *La igualdad en general*. *b*) *La igualdad fundante*. *c*) *La igualdad en lo justo legal*. *d*) *La igualdad en lo justo correctivo-conmutativo*. *e*) *La igualdad en lo justo distributivo*. 12. Externidad. 13. Alteridad o intersubjetividad. 14. El derecho como relación. 15. El fundamento del derecho. 16. Obligación necesaria y coactividad. 17. Derecho y derecho subjetivo. 18. La relación jurídica. 19. El sistema jurídico como sistema de deberes. 20. Lo equitativo y la equidad.

1. EL CONCEPTO DE DERECHO. *a*) El tema más central de la filosofía del derecho es la respuesta a la pregunta ¿qué es el derecho? Se trata de identificar qué realidad es la que merece el nombre de derecho en sentido propio y estricto y, una vez identificada, considerarla en su más íntima esencia y en sus últimas causas. A este asunto central dedicaremos nuestra atención ahora, como corresponde después de la noción de justicia. Vamos, pues,

a entrar en el análisis y exposición de la noción o concepto de derecho.

Y ante todo conviene decir unas palabras sobre el concepto mismo de derecho. Puesto que se trata de captar aquellas notas que convienen a todo derecho existente –se parte, pues, de la experiencia jurídica–, el concepto de derecho es un universal. Contiene, por lo tanto, aquellas notas que son propias de todo derecho, en cuya virtud es precisamente derecho la realidad a la que de ese modo denominamos: en eso consiste un concepto universal. Con ello queda claro desde el primer momento, que el concepto de derecho no se realiza prevalentemente en un tipo o clase de derecho, y en consecuencia de modo más débil en otro tipo o clase, sino que se realiza *igualmente* –del mismo modo y con igual fuerza– en todo derecho, sea natural, sea positivo. Si es posible distinguir entre un derecho natural y un derecho positivo, ninguno de estos tipos puede ser derecho en sentido antonomásico o derecho en un mayor grado que el otro, porque si el concepto de derecho es un universal, se realiza igualmente en toda realidad de la que se predica que es derecho. Si acaso resultase que de la noción de derecho establecida se dedujese una gradación, tal noción no sería un verdadero universal y, por consiguiente, se trataría de un concepto mal construido.

b) El concepto de derecho –acabamos de decir– es un universal elaborado por la razón *a posteriori*, partiendo de la experiencia. Con ello queda dicho que no es una idea pura *a priori*, sin contenido o sin otro contenido que el de pura razón. Para elaborar el concepto de derecho, nuestra mente parte de la experiencia particular, es decir, del conocimiento de los derechos existentes, de los cuales por abstracción separa las condiciones singulares de realización existencial y obtiene los rasgos comunes universales. Nada más lejos, en consecuencia, del concepto de derecho que ser una idea o ideal, de la cual participarían de modo más o menos pleno los derechos reales existentes. El concepto de derecho procede de la experiencia –de los derechos existentes– por abstracción y por ello se encuentra igualmente realizado en todo derecho.

Puede advertirse así que la filosofía del derecho no tiene como función el estudio y elaboración de ideas puras o nociones formales *a priori*, sino que su objeto de estudio es la realidad, la experiencia jurídica, de la que abstrae los conceptos. Estos conceptos, si bien son fruto de la razón, tienen un fundamento *in re*, esto es, expresan lo universal realizado en lo particular existente. Los conceptos, pues, son entes de razón, pero expresan una realidad extramental.

c) Por ser un universal, el concepto de derecho es metaempírico; penetra más allá del fenómeno jurídico, traspasando la experiencia sensible. Lo cual significa que el concepto de derecho no se limita a ser la descripción de una experiencia[1]. Por lo mismo, el concepto de derecho se forma a partir de dimensiones, aspectos y estructuras metafenoménicos del derecho, en los cuales residen los rasgos más esenciales del derecho. De donde se concluye que no basta que aparezca un fenómeno con apariencia de derecho, para que sea calificado de derecho. No todo lo que aparece como derecho es derecho, sino tan sólo aquello que realiza el concepto de derecho, según lo fenoménico y según lo metaempírico. Ahí reside el error fundamental del empirismo jurídico, en el que se funda el positivismo: todo lo que aparece como derecho, afirma, todo lo que empíricamente tiene las características del fenómeno jurídico, es derecho. No hay tal. La realidad es más que lo empírico y el derecho tiene también una dimensión metaempírica. Es más, la composición última y la íntima esencia de los seres –y por ello del derecho– son metaempíricas; consecuentemente, el derecho tiene unos rasgos esenciales metafenoménicos –abstraídos por la mente al elaborar el concepto universal–, que pueden no darse en algún fenómeno que aparezca como derecho:

1. Con razón escribió Kant: "Una teoría del Derecho meramente empírica es, como la cabeza de madera en la fábula de Fedro, una cabeza que puede ser muy hermosa, pero que no tiene seso". Ob. cit., pág. 79. Debemos añadir, sin embargo, que esto mismo puede decirse de las nociones meramente formales sin ninguna referencia a la experiencia: tampoco "tienen seso" –contenido real– las nociones puras *a priori*.

no todo lo que aparezca como derecho será tal; sólo lo es aquella realidad a la que conviene el concepto de derecho.

d) Si "derecho" es un concepto, es más que un mero nombre: expresa rasgos entitativos comunes y universales de todo derecho. Aunque ente de razón, tiene una inherente referencia a la realidad: contiene lo común universal de lo particular existente. Por eso su estudio y análisis no es sólo cuestión de estudio y análisis del lenguaje; "derecho" no es simplemente una locución propia de los juristas. Es más que simple locución, es concepto que contiene algo de lo real. De ahí que su estudio y análisis sea, en definitiva, estudio y análisis de una realidad: la experiencia jurídica.

2. ETIMOLOGÍA Y DEFINICIÓN NOMINAL DE DERECHO. *a*) *Introducción. a'*) Para llegar a la noción o concepto de una cosa, es recomendable a veces comenzar por la etimología y definición nominal de la palabra que la significa. Por eso, antes de entrar en el concepto de derecho, expondremos la etimología de los términos *ius* y *derecho*, así como su definición nominal[2].

El estudio etimológico tiene un valor que no cabe desconocer[3]. A través de él y del uso primitivo de la palabra derecho podemos llegar a su definición nominal. Es cierto que la llamada definición nominal no expresa de modo preciso y científico la naturaleza de la realidad definida (lo cual es propio de la definición real)[4], pero sí

2. Las páginas que siguen están tomadas de M. SANCHO IZQUIERDO-J. HERVADA, *Compendio de Derecho Natural*, I (Pamplona 1980), págs. 18 ss.

3. Sobre el valor de la indagación etimológica, vide L. LACHANCE, *Le concept de droit selon Aristote et saint Thomas*, cit., págs. 29 ss.

4. La definición es la expresión breve y completa de lo que significa un vocablo o debe entenderse por una cosa. La definición nominal tiene por objeto acotar el exacto significado de un vocablo; la definición real expresa la esencia específica de una cosa (Cfr. W. BRUGGER, *Diccionario de Filosofía*, cit., pág. 134). Así, por ejemplo, la definición nominal de «lección» es: acción de leer o lectura; su definición real, en cambio, será: enseñanza oral que imparte un profesor a sus alumnos. La razón de esta aparente disparidad nos la da la historia. Al comienzo de la Universidad, los maestros seguían el método de la *lectio* o *lectura*, que consistía en ir leyendo pasajes del texto que era objeto de

puede poner de relieve cuál es la idea básica y nuclear que el hombre ha querido expresar al utilizar una palabra. El nombre tiende a significar la realidad profunda de una cosa o sus características. A través de su definición nominal podemos llegar a la captación nuclear que la humanidad ha tenido de esa realidad que llamamos derecho.

b') El término *derecho*, a diferencia de otras palabras castellanas que tienen gran semejanza con sus correspondientes latinas (mesa y *mensa*, madre y *mater*), carece de esta correspondencia con la voz de idéntica significación en latín, de la que pudiera explicarse su derivación por simples cambios fonéticos. La palabra latina correspondiente a la nuestra *derecho* es *ius*[5]. Y aquí aparece un fenómeno que ha llamado la atención de los estudiosos. Mientras *ius* fue sustituido por *derecho*, las numerosas expresiones derivadas –comenzando por el adjetivo más inmediato y directo, aquel que significa lo perteneciente al derecho: *jurídico*–, no proceden de la voz derecho sino de *ius*, cuya radical conservan: jurídico, juez, jurisdicción, justicia, jurisprudencia, etc.[6]. Dado

estudio (los libros de leyes, la obra de un autor, etc.; de ahí la locución que todavía se usa: libro de texto) y hacer comentarios sobre él.

5. "Cualquier persona de mediana cultura sabe perfectamente que la voz latina *ius* y la castellana *Derecho* expresan la misma idea. Que su sinonimia es absoluta, se comprueba con facilidad en los diccionarios, en los que invariablemente al buscar la significación de *ius* se encuentra como equivalente 'Derecho', y al buscar la de *Derecho* se encuentra 'ius', sin que en ningún caso se formule observación alguna o se trate de matizar el concepto. Es más, dentro de las acepciones jurídicas, no se encuentra en los diccionarios ningún otro sinónimo de Derecho con el que pueda traducirse *ius*, ni ningún otro de *ius* para traducir *Derecho*. Pues, evidentemente, *mores, lex* o *ley, consuetudo* o *costumbre, fuero*, etc., que alguna vez se emplean en lugar de aquéllos, no son rigurosamente sinónimas ni en la lengua latina ni en la castellana". A. GARCÍA-GALLO, *Ius y Derecho*, en "Anuario de Historia del Derecho Español", XXX (1960), pág. 5.

6. "El que *ius* no pasara a la lengua castellana contrasta notoriamente con la pervivencia de otras voces latinas derivadas de aquélla, que fueron y son de uso vulgar y constante en nuestra lengua: *iudicare* 'juzgar', *iudicium* 'juicio', *iudex* 'juez', *iurisdictio* 'jurisdicción', *iustitia* 'justicia' y *iustum* 'justo'. Y aún ha de destacarse otro hecho: que no obstante haber sido desplazado *ius* por

este hecho y no teniendo relación semántica nuestra palabra derecho con la latina *ius*, la investigación etimológica tiene que ser doble.

c') La sustitución de *ius* por derecho no es un hecho aislado de la lengua castellana, sino común a todas las lenguas romances: *droit* en francés, *diritto* en italiano, *direito* en portugués, *dret* en catalán, *dreptu* en rumano, *drech* en provenzal. ¿Por qué se produce esta sustitución en la palabra principal *ius* y sólo en ella, no en sus derivados? Aunque no se ha llegado todavía a un esclarecimiento total, es mérito de los estudios más recientes haber alcanzado un principio de explicación de la sustitución indicada y a una fijación verosímil de la significación etimológica de *ius*[7].

b) *Etimología de "ius". a'*) *Teorías antiguas*. Expongamos ante todo algunas etimologías hoy rechazadas. Diversos autores, especialmente medievales, sostenían que *ius* deriva de *iustitia* (justicia) o de *iustum* (justo). Tomaban pie, respectivamente, de dos conocidos textos. Uno de Ulpiano: "Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a Iustitia appellatum"[8]. Otro de San Isidoro de Sevilla: "Ius autem dictum, quia iustum est"[9]. Hoy, por el contrario –y ello lo hicieron ya notar diversos autores hace varios siglos, como Soto, Gregorio

derecho, de esta última voz no ha derivado ninguna otra para expresar lo que los derivados de *ius* que acaban de indicarse; o si alguna vez surgió cayó en desuso muy pronto. Tal ocurrió con *derechuría*, en la acepción de 'Justicia' y con los adjetivos castellanos *derechero* o *derechurero* y el catalán *dreturer*, como sinónimos de 'justo, justiciero, guardador del derecho', que aparecieron y murieron en los primeros tiempos de las lenguas romances". A. GARCÍA GALLO, ob. cit., págs. 6 s.

7. Vide, entre otros, W. CESARINI SFORZA, "*Ius*" *e* "*directum*". *Note sull'origine storica dell'idea di diritto* (Bologna 1930); A. GARCÍA-GALLO, ob. cit.; S. CRUZ, *Ius. Derectum (Directum)* (Coimbra 1971); J. IGLESIAS, *Relectio del "Ius" al Derecho* (Madrid 1968).

8. Quien va a dedicarse al derecho (*ius*) lo primero que debe conocer es de dónde viene el nombre. Pues es llamado así de la Justicia. D. 1, 1 pr.

9. El derecho (*ius*) se llama así porque es lo justo (*iustum*). *Etymol*, V, 3, 1.

López, Francisco de Toledo, Schmalzgrueber y otros– se es unánime en admitir justamente lo contrario: *iustitia* y *iustum* derivan de *ius*. Esta segunda opinión es la más fuerte filológicamente[10], ya que es natural que la palabra derivada sea más compleja que la primitiva[11].

Otros han derivado la citada palabra de los verbos *iubeo* (mandar)[12], de *iuvo* (ayudar, proteger) o de *iugo* (uncir, unir, juntar). Sin embargo, estas etimologías presentan la misma dificultad que la anterior. Lo que sí indican es una cierta afinidad de significados y probablemente una raíz común. Esta raíz la han buscado los autores en algunas raíces indoeuropeas. Por este camino Kuhn, Pictet y Litré entroncaron la palabra *jus* con la salutación védica *yos* (salud, salvación, protección), que a su vez enlaza con el sánscrito *yaus*[13], mientras otros se inclinan por la raíz sánscrita *yu* = *yug* = *yung* (unir, enlazar, juntar)[14].

10. Sobre la etimología que presentan los juristas romanos, vide L. CECI, *Le etimologie dei giureconsulti romani* (reprod. Roma 1966).

11. De esta misma opinión es Fernández Galiano: "Pero esta tesis no puede aceptarse, pues implicaría un fenómeno tan anómalo como el de obtenerse un vocablo simple a partir de otro compuesto; al contrario, es *iustitia* la que deriva de *ius*, elemento que se une a *stare*, de modo que *iustitia* es un *estar en el Derecho*". *Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho*, 5ª ed. (Madrid 1986), pág. 67. Opinión que ya se encuentra en alguno de los autores señalados: "Pues por el contrario más bien la palabra *iustitia* se deriva de *ius*, ya que los hábitos se especifican por el objeto. Además porque, según las reglas de los gramáticos, la palabra más larga se deriva de la más corta". DOMINGO DE SOTO, *De la Justicia y el Derecho en diez libros*, lib. III, q. I, a. 1., ed. bilingüe del Instituto de Estudios Políticos, I (Madrid 1967), pág. 193.

12. Por ejemplo, F. SUÁREZ, *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador*, lib. I, cap. II, n. 1, ed. bilingüe del Instituto de Estudios Políticos, I (Madrid 1967), pág. 10.

13. Cfr. M. BREAL, *Sur l'origine des mots désignant le droit et la loi en latin*, en "Nouvelle Revue historique de droit français et étranger", VII (1883), págs. 603 ss.; TH. MOMMSEN, *Römische Straatsrecht* (Leipzig 1887), III, A, pág. 310; F. BEDUSCHI, *Osservazioni sulla nozione originali di fas e di ius*, en "Rivista italiana per le scienze giuridiche", X (1935), págs. 209 ss.

14. Cfr. R. IHERING, *Des Geist des römischen Rechts* (Leipzig 1891), n. 165; A. F. POTT, *Etymologische Forschungen aus dem Gebiete der Indo-Germanischen Sprachen* (Lengo 1859), I, pág. 213; A. WALDEN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch* (Heidelberg 1910), voz *Ius*; G. WISSOWA-

b') Significado del término "ius". La primera palabra latina para significar derecho parece ser el término *youes*[15], que posteriormente se encuentra bajo la forma de *ious*[16]. *Ius* aparece ya en la Ley de las XII Tablas[17] y data por lo menos del s. V a. C.[18]. *Ius* significa *lo justo*, formulado por los que saben de ello: los *iuris prudentes*[19]. Los juristas romanos conciben el *ius* como la disciplina de lo justo[20] y la *iuris prudentia* (jurisprudencia o ciencia del derecho) como la ciencia de lo justo y de lo injusto[21], donde

A. KROLL, *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* (Stuttgart 1918), X, col. 1200, voz *Ius*. Cfr. A. VAN HOVE, *Prolegomena*, 2ª ed. (Mechliniae-Romae 1945), págs. 4 y 5.

15. Cfr. S. CRUZ, ob. cit., pág. 38. Véase también B. BIONDI, *Scritti giuridici*, I (Milano 1965), pág. 3. *Youes* querría decir, según algunos, "quod Jovis –forma arcaica de *Iuppiter*– iubet", lo que vendría a significar que el primitivo ordenamiento jurídico romano era visto como un sistema de mandatos al que correspondía un sistema de obediencia. Cfr. P. DE FRANCISCI, *Primordia Civitatis* (Roma 1959), págs. 199 ss.

16. "... in ious educito nomenque eius deferto". CORPUS INSCRIPTIONUM LATINORUM, 2ª ed., I/2, *Lex Repetundarum*, XIX, pág. 448. Se usan también las formas derivadas *ioudex* (XXXVIII), *ioudices* (cfr. XXVI, XXVII, XXXVI y XXXVIII), *ioudicium* (XXX), así como *iouret* (XXIII), *iouratoque* (XXI).

17. Por ejemplo: "*Si in ius vocat, ito*" (Tab. I, 1). Cit. por S. CRUZ, ob. cit., pág. 39.

18. Para algunos autores *ious* sería la forma arcaica de *ius*; así, por ejemplo, A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 3ª ed. (Pamplona 1977), pág. 18. Otros, sin ser muy explícitos –v. gr. S. CRUZ, ob. cit., pág. 42–, parecen dar a entender que *ious* es un derivado de *youes*, a la vez que sostienen que *youes* y *ius* son dos palabras distintas con una raíz indoeuropea común *(yeus)*. Cualquiera que sea la relación entre *youes* y *ius* nos parece innegable que *ious* es la forma arcaica de *ius*, por dos motivos: a) en los textos citados en la nota 16 aparecen indistintamente formas derivadas de *ius* y de *ious*; así *iudices* (XIX, XXIV, XXVIII) y *iudicium* (XXXIX) junto a *ioudices* y *ioudicium*; b) lo mismo ocurre con otras palabras como *iouret* y *iuraritque* (XXIV). Todo ello da a entender que *ius* es una forma más moderna de *ious*.

19. Cfr. A. D'ORS, ob. cit., pág. 18.

20. "Ars boni et aequi" *[El arte de lo bueno y de lo justo]*, según la definición de Celso, D. 1, 1, 1 pr.

21. "Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia". *La jurisprudencia es conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto*, en palabras de Ulpiano, D. 1, 1, 10, 2. Vide, sobre este texto, F. SENN, *Les origines de la notion de*

ciencia (*scientia*) equivale a *ars* o arte[22].

En un principio "el *ius* empieza por estar en estrecha relación con la religión, y se habla de *ius divinum* para designar prescripciones pertinentes a los ritos religiosos, de los que los antiguos juristas, que solían reservarse a la vez el cargo religioso de *pontífice*, se ocupaban especialmente [...] La misma *auctoritas* de los juristas se apoya en la reverencia religiosa"[23]. Basándose en este carácter del primitivo *ius*, bastantes juristas y filósofos entienden que, a través de la forma arcaica *ious*, deriva de *Iovis*, nombre que a su vez es una primitiva denominación de Júpiter, el dios que castiga el perjurio[24]. A favor de esta etimología está la palabra *iovestod* que se encuentra en la más antigua inscripción del Foro Romano con el significado de *iustum* o justo. El *ius*, en su estructura originaria, tendría un cierto contenido o sentido religioso, sobre todo en sus compuestos *iurare* (jurar) y *iusiurandum* (juramento)[25], en donde, de una u otra manera, hay una invocación a los dioses[26].

A pesar de la relación con los ritos religiosos el *ius* no se confunde con la religión, sino que es un orden secular (amparado

jurisprudence (Paris 1926); S. CRUZ, *Direito Romano*, I, 2ª ed. (Coimbra 1973), págs. 280 ss.

22. "Así, en efecto, el Derecho romano se fue fijando en sus orígenes mediante decisiones judiciales, o por la *interpretatio*, mediante la que los juristas fijaban, precisaban y desarrollaban los preceptos del *ius civile*, o por los edictos con que los pretores se esforzaban en acomodar éste a las nuevas situaciones. El Derecho romano nació y se desarrolló siempre en contacto íntimo con la realidad, lejos de toda abstracción y generalización. Suponían los juristas clásicos que el Derecho nace de la Justicia, y así –aunque con evidente error terminológico– no sólo derivaron la palabra *ius* de *iustitia*, sino que concibieron el *ius* no como un conjunto de normas inspiradas en aquélla, sino precisamente como el arte o técnica de realizar la justicia [...]. Es decir, un arte, un modo o una técnica de realizar la Justicia, de concretar a cada caso lo que de los preceptos de ésta se deducía". A. GARCÍA-GALLO, ob. cit., págs. 30 ss.

23. A. D'ORS, ob. cit., págs. 19 ss.

24. Cfr. A. D'ORS, ob. cit., pág. 18. B. BIONDI, *Scritti giuridici*, I, cit., págs. 3 y 4.

25. Vide A. PARIENTE, *Iurare*, en "Anuario de Historia del Derecho Español", XVII (1946), págs. 991 ss.

26. Vide S. CRUZ, *Direito Romano*, cit., pág. 19.

de alguna manera por los dioses). La conciencia progresiva de esta secularidad del derecho permitió la formación del propio *ius civile*[27]. En otras palabras, la palabra latina *ius* perdió bastante pronto su sentido religioso, para significar "ordenamiento *laico* (civil)", *ius (civile)*, aunque la palabra *civile* tuvo enseguida el significado de "el Derecho propio de los *cives* o ciudadanos" y, por lo tanto, *ius civile* es el "Derecho (laico) propio de los ciudadanos romanos"[28]. Aunque *ius* significó primariamente *lo justo*, no por eso dejó luego de significar también el aspecto normativo (ordenamiento, norma) y acaso –es cosa discutida– el subjetivo (derecho o facultad de alguien), si bien estos sentidos se presentan en la noción romana del *ius* de un modo muy fluido y no como acepciones claramente diferenciadas[29]. En resumen, la palabra *ius* se usó por los juristas romanos, especialmente de épocas relativamente tardías, en varios sentidos: normativo[30], quizás subjetivo (derecho o facultad de alguien)[31], objetivo (la cosa o realidad justa)[32] y como ciencia[33]. *Ius* es, en definitiva, la posición justa[34], el orden justo entre los ciudadanos y también –en cuanto ciencia– el arte de lo justo.

c) Etimología de la palabra derecho. a') Opinión común. Expongamos ahora la etimología de la palabra *derecho*. Según la opinión más común, derívase la palabra derecho, como sus

27. A. D'ORS, ob. cit., pág. 20.
28. S. CRUZ, *Direito Romano*, cit., pág. 19.
29. A. D'ORS, ob. cit., pág. 21.
30. "Iuris praecepta sunt haec...". D. 1, 1, 10, 1; "Non ambigitur senatum ius facere posse". D. 1, 3, 9.
31. "Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet". D. 50, 17, 54. "Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur". D. 50, 17, 55. El sentido subjetivo de *ius* no es, sin embargo, claro, pues los textos que suelen aducirse pueden interpretarse igualmente en sentido objetivo (la cosa justa).
32. En este sentido aparece frecuentemente en los textos romanos, donde se encuentran expresiones tales como *ius reddere, ius statuere*, etc. V. gr. "ius fieri ex sententia iudicis". D. 5, 2, 17, 1.
33. Cfr. notas 20 y 21. Sobre los distintos sentidos de *ius*, vide S. CRUZ, *Direito Romano*, cit., págs. 21 ss.
34. Cfr. A. D'ORS, ob. cit., pág. 21.

hermanas de otras lenguas romances, del participio pasivo (*directum*, dirigido) del verbo latino *dirigere*, dirigir, compuesto de la partícula *di* y el verbo *regere*, regir, gobernar (part. pas.: *rectum*)[35].

Según García-Gallo, *directus (-a, -um)* como participio de *dirigere* (dirigido) y como adjetivo (recto o severo, *directo* o *derecho*) fue empleado ya en la época clásica; en cambio, no aparece como sustantivo, ni nunca fue usado como sinónimo de derecho en el latín culto[36]. La sinonimia entre *directum* y derecho (*ius*) es, pues, un vulgarismo (esto es, se produjo en el latín vulgar) y hubo de ser un fenómeno generalizado antes de la disgregación del Imperio romano, ya que sólo en esta hipótesis puede explicarse su generalización en todas las lenguas romances, tan distantes geográficamente como lo están, por ejemplo, Portugal y Rumanía[37]; esta generalización prueba que el uso de *directum* por derecho en lugar de *ius* era general y diario antes de la caída del Imperio. *Directum* frente a *ius* significa la ley como conjunto de normas de conducta; parece ser que nació en el lenguaje eclesiástico como traducción de Ley o Camino (recto) –según las

35. Este verbo lo entronca Raimundo de Miguel con el hebreo *raga*, que significa apacentar el ganado. Esta significación de *raga*, está en relación –por traslación de sentido– con dirigir o gobernar los pueblos. Y así fue común entre los antiguos pobladores del Medio Oriente –egipcios, fenicios, cananeos, mesopotámicos– llamar "Pastor" del pueblo al rey. Término éste que se aplicó también a ciertas divinidades. Tal es el caso de los dioses Amon-Rê entre los egipcios, Tammuz entre los mesopotámicos, Baal entre los cananeos, etc. En el pueblo judío, Jahvé es su Pastor y asimismo lo son los príncipes y gobernantes de Israel. El Pastor, por excelencia, del pueblo escogido es el Mesías, que cuidará y regirá –apacentará– al nuevo Israel. Esta figura pasó luego a la Iglesia, cuya Jerarquía recibió el nombre de "pastores". También se encuentra esta metáfora entre los antiguos griegos: por ejemplo, en los relatos homéricos (*Iliada*, II, 253; *Odisea*, III, 156), en Platón (*Rep.* I, 343 b; I, 345 c; III 416 a; IV, 440 d), etc.

36. Ob. cit., págs. 12 ss.

37. No parece, pues, admisible la opinión de algunos autores, como Picard, que sitúan la aparición de la sinonimia entre *directum* y derecho en la Edad Media. Cfr. A. GARCÍA-GALLO, ob. cit., pág. 12.

conocidas expresiones vetero y neotestamentarias–, para pasar a designar después el derecho vulgar o popular del Bajo Imperio[38].

b') Derecho como derivado de "derectum". No falta quien entiende que la etimología de derecho es distinta. Para S. Cruz esta palabra no vendría del participio de *dirigere*, sino de *derectum*, término popular muy antiguo en el lenguaje corriente, que significaría desde el principio derecho. *Derectum* sería una palabra compuesta de *de-* y *rectum*. La partícula *de-* sugiere la idea de totalidad, perfección, de modo que *derectum* quiere decir "muy recto", "totalmente recto". Provendría del símbolo de la balanza como representación de la justicia[39]. *Derectum* significaría que el fiel de la balanza está completamente recto por pesar igual los dos platillos (idea de igualdad): *examen derectum*, fiel de la balanza (*examen*) recto (erecto). Esta palabra, a partir de una época no determinada todavía, pasaría a pronunciarse *directum* y así quedaría como forma erudita, perviviendo, sin embargo, *derectum* como forma vulgar[40].

c') La sustitución de "ius" por derecho. Antes de terminar este punto parece conveniente aludir a las razones de la sustitución de *ius* por *directum* o *derectum*. Dos opiniones se observan entre los autores: 1ª. Para unos, sería debido a una "moralización" del derecho y reflejaría la idea moralizante de que la conducta justa es aquella que sigue el camino recto. *Directum* significaría un derecho informado por principios cristianos, mientras *ius* seguiría siendo un derecho rígido, intransigente, un derecho pagano[41]. En otras

38. Cfr. A. GARCÍA-GALLO, ob. cit., págs. 15 ss.

39. Sobre los símbolos del derecho y de la justicia puede verse, además del estudio de Cruz repetidamente citado (págs. 21 ss.), M. CHASSAN, *Essai sur la symbolique du droit* (Paris 1947).

40. *Ius. Derectum*, cit., págs. 42 ss.

41. Cfr. A. D'ORS, ob. cit., pág. 18; ID., *Una introducción al estudio del Derecho* (Madrid 1963), pág. 11. En parecido sentido Cesarini Sforza entiende que *directum* implicaba en sí mismo un sentido ético que no se expresaba necesariamente en *ius*. Por eso, cuando el derecho, bajo la influencia del cristianismo, se impregnó de valores éticos, la palabra *ius*, que carecía de expresividad para destacar este matiz, dejó de utilizarse y en su lugar se empleó

palabras, *directum* –por oposición a las leyes imperiales con resabios paganos– vendría a significar un derecho de fondo religioso, cargado de moral y cristianizado; de este *directum* procede el derecho de los pueblos de lengua romance, del que tomó el nombre[42]. 2ª. Para García-Gallo esta hipótesis no satisface por dos razones. En primer lugar, porque el *ius* romano nunca se concibió como un ordenamiento desligado de los principios morales. En segundo término, porque de haber sido esa la razón, *directum*, en la acepción de recto y justo, habría alcanzado gran difusión; y sin embargo no fue así. Fueron, precisamente las palabras *rectum* (recto), *iustum* (justo), *bonum* (bueno) y *aequum* (equitativo) las que se emplearon en la época postclásica para destacar la moralidad y sentido de justicia de una norma, y las que del latín pasaron a las lenguas románicas. Por el contrario, *directum* no dio lugar en estas lenguas a ninguna voz que expresara la rectitud o moralidad del derecho. El desplazamiento de *ius* por *directum* obedecería a que esta última palabra indicaba "una ordenación de conductas" –el derecho como sistema de normas– frente a *ius* que sugería la idea de realización activa, de formulación o exposición de las normas jurídicas: la *ars* o técnica en la que habían destacado los jurisconsultos al definirlo y caracterizarlo. El pueblo del Bajo Imperio ya no veía en el *ius* un arte o una técnica, como el antiguo romano que contemplaba el quehacer diario de los jueces, pretores o prudentes, resolviendo los problemas; sólo veía un sistema de normas ya constituido por el que había de regirse. Por otra parte, el *ius* era el derecho de los juristas y de los legisladores; no el que el pueblo vivía y por el que se regía (el derecho vulgar al que antes hemos aludido). Vinculadas así las voces *ius* y *directum* a dos ordenamientos jurídicos diferentes, su suerte fue decidida por la de éstos. Cuando en los primero siglos de la Edad Media el derecho de los juristas y de los legisladores cayó en desuso, la voz *directum* triunfó y se impuso, como el derecho popular que designaba[43].

directum, que lo realzaba (ob. cit., págs. 80 ss.). Cfr. A. GARCÍA-GALLO, ob. cit., pág. 25.

42. S. CRUZ, *Ius. Derectum*, cit., pág. 58.

43. Ob. cit., págs. 40 ss.

d) *Orígenes indoeuropeos*. Tanto *ius* como *directum* tienen un remoto origen indoeuropeo y enlazan con las dos palabras más antiguas de ese origen que significan derecho: *yeus* y *rek-to*[44]. De la primera surgió *ius*; de la segunda nacieron los nombres germánicos y célticos: *Recht* (alemán), *Right* (inglés), *Ret* (escandinavo), *Rect* y *Reacht* (antiguo y moderno irlandés), *Raihts* (gótico) y *Raith* (khimrico o cimbrio). Y también el término latino *rectum* y su derivación *rectitudo*, cuya relación con *directum* ya hemos señalado.

En la raíz de todas estas palabras encontramos siempre la misma idea: el orden recto en las relaciones humanas.

e) *Definición nominal de derecho*. En conclusión y teniendo en cuenta, tanto la etimología como el uso primitivo de las palabras *ius* y *directum*, podemos establecer la definición nominal de derecho como: *lo justo* y el *orden social justo*.

Dos ideas se pueden sacar de esta exposición de los orígenes de la palabra derecho. En primer lugar, que la vida social no presenta sólo situaciones, que son aceptables sin más como valederas por el hecho de existir. Desde los orígenes más remotos se tiene el sentido de que los comportamientos y las relaciones sociales son valorables en términos de lícitos u ordenados y de rechazables. La exposición hecha muestra la captación de que en la vida social hay comportamientos *rectos* o *justos* y comportamientos desviados o injustos. La norma, la situación, la facultad de hacer o de exigir algo en las relaciones sociales no es el simple querer o el simple hacer, sino aquello que es recto o justo; sólo lo recto o justo es propiamente la norma de conducta, la situación socialmente amparable (aunque para ello se haga un acto de fuerza), la facultad de hacer o de exigir. Precisamente a eso que es lo justo, lo recto,

44. Cfr. G. DEVOTO, *Origini Indoeuropee* (Firenze 1962), págs. 325 ss. Estas raíces expresan una idea común: un orden de conductas rectas o justas o el poder de establecerlo. Para algunos autores la palabra derecho recibió influencias célticas; así Corominas (*Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, II, Madrid 1954, 126) y Zimmerman (*Etymologisches Wörterbuch der lateinischen Sprache*, Berlin 1915, 136) (cits. por S. CRUZ, *Ius. Derectum*, cit., pág. 19).

se le llama derecho (lo que es recto). En segundo lugar, que el poder es asimismo una función recta; existe el poder en función de lo recto, es la facultad de conducir por caminos de rectitud.

Lo que de esto se separa ya no es derecho ni el genuino poder; para estas situaciones aparecieron otras palabras: injusticia y tiranía.

3. LAS VARIAS ACEPCIONES DE LA PALABRA DERECHO. *a*) Tanto *ius* como derecho –y los vocablos correspondientes en otras lenguas– son términos polisémicos[45], que de un sentido originario y primario han pasado a designar varias cosas relacionadas con el mundo del derecho. Si se tratase de un tema meramente erudito, deberíamos prescindir aquí de este hecho, pues lo que interesa no son los problemas de lenguaje, sino determinar el concepto de derecho. Pero, tras este tema lingüístico late otro que constituye el meollo de la cuestión que nos ocupa: qué cosa, qué realidad recibe el nombre de derecho en sentido propio y primario. Derecho en sentido propio o estricto, ¿es lo justo, lo socialmente correcto, como en definitiva aparece en la definición nominal, o es otra cosa atañente a las relaciones intersubjetivas o sociales? De la respuesta a esta pregunta, depende el concepto de derecho. Para llegar a este punto examinemos antes las varias acepciones del término derecho.

b) Una primera muestra de la polisemia del término derecho –*ius*– la encontramos en D. 1, 1, 11, que recoge un paso de Paulo, en *Ad Sabinum*, y otro de las *Institutiones* de Marciano: el derecho se aplica a lo que es bueno y justo o derecho natural, al derecho civil, al derecho honorario, al derecho pretorio, a la relación de parentesco y, por traslación de lenguaje, al lugar o sede donde se ejerce la *iuris dictio*, donde se dice el derecho, "ir al *ius*" como

45. Cfr. A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *Derecho Natural*, cit., pág. 69. Ya lo hacía notar un antiguo canonista: "*Jus* vocabulum est maxime *polysemon significatione varium*". J. L. SELVAGIO, *Institutionum canonicarum libri tres*, 2ª ed. madrileña (Madrid 1789), t. I, lib. I, pág. 73.

actualmente se habla de "ir al juzgado"[46]. Este pasaje del Digesto resulta poco significativo respecto del tema que nos ocupa, pero puede considerarse el principio de otros posteriores –o por lo menos influyó en ellos– que no carecen de importancia.

c) No originó este paso del Digesto mucho interés entre los glosadores, comentadores y exegetas del *Corpus Iuris Civilis*, quienes, u omitieron referirse a él, o apenas hicieron otra cosa que transcribirlo[47]. Con todo merece citarse la glosa de Placentino, quien reduce las significaciones vistas a cuatro: la ciencia o arte jurídicos, lo bueno y justo, el lugar o sede y el parentesco, añadiendo la *potestas* o poder y la acción[48].

46. "Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. nec minus ius recte apellatur in civitate nostra ius honorarium. praetor quoque ius reddere dicitur cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit. alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit (...) Nonnumquam ius etiam pro necessitudine dicimus veluti 'est mihi ius cognationis vel adfinitatis'". Respecto de *ius* en el sentido de sede o lugar, pueden verse las expresiones usadas por Plauto en algunas de sus comedias, lo que indica que eran expresiones populares: *Persa*, IV, IX, 745: "age ambula in ius, leno"; *Poenulus*, V, IV, 1229: "ite in ius, ne moramini"; *idem*, V, VI, 1342: "leno, eamus in ius"; *Truculentus*, IV, 840: "eamus tu in ius". T. M. PLAUTUS, *Comoediae*, II, ed. W. M. Lindsay, SCBO (Oxonii 1956).

47. Hemos consultado las obras de Azo, Acursio, Alciato, Baldo, Cujacio, Budé, Pierre de la Belleperche, Althusio y varios otros, sin resultado positivo o especialmente significativo.

48. "Videamus itaque quot modis dicatur ius (...) Ius dicitur ars ista sicut iam dictum est. Ius dicitur de bono et aequo. Ius dicitur locus in quo iura redduntur. Ius quoque vocatur sanguinis necessitudo. Ius quoque dicitur potestas, ut cum dicitur, hic est sui iuris. Ius quoque dicitur instrumentum vel forma petendi ut actio est ius". *Summa institutionum*, De iustitia et iure, tit. I, ed. "Corpus Glossatorum Juris Civilis" (Augustae Taurinorum 1973). Adviértase que la *potestas* no es, todavía, el derecho subjetivo; se trata del poder o *manus* bajo el cual se halla o no una persona, en cuya virtud es *sui iuris* o *alieni iuris*.

d) Interés directo para nuestro tema tiene un pasaje de Tomás de Aquino, porque en él se señala que, de entre las diversas acepciones, hay una que es la primigenia –derecho en sentido propio–, siendo las otras derivaciones de ésa. El texto se encuentra en la *Summa Theologica*, II-II, q. 57, a. 1, ad 1: "Es frecuente que los nombres hayan sido desviados de su primitiva asignación, para significar otras cosas. El nombre de 'medicina', por ejemplo, se usó primeramente para designar el medicamento que se aplica al enfermo para curarle; después pasó a significar el arte de curar. Así también, este vocablo 'derecho' originariamente se empleó para significar la misma cosa justa. Pero más tarde se derivó a denominar el arte con que se discierne qué es lo justo; después, a designar el lugar donde se otorga el derecho, como cuando se dice que alguien 'comparece en derecho'; finalmente es llamada también derecho la sentencia dada por aquel a cuyo ministerio pertenece administrar justicia, aun cuando lo que resuelva sea inicuo".

Todavía no se alude al derecho subjetivo –cosa que no extraña conociendo la historia de la aparición de este concepto–, pero puede llamar la atención que no se incluya la ley, pues el propio Tomás de Aquino usa a veces *ius* para hablar de las leyes, aunque no es pródigo en ello. Se explica, sin embargo, advirtiendo que el Aquinate trata a continuación de modo particular de la ley, respondiendo a la objeción de que el derecho sería la ley y, por lo tanto, no sería el objeto de la justicia. La ley –aclara Tomás de Aquino– no es el derecho mismo –*ipsum ius*–, sino cierta regla o medida –*ratio*– del derecho. El derecho es, pues, lo justo, esto es, lo *suum* (*ipsa res iusta* o cosa justa) de las definiciones romanas de la justicia. La ley no es el derecho, sino su regla y, como dirán algunos comentaristas del Aquinate, su causa[49].

Después de Tomás de Aquino cabe citar a dos autores que dan dos acepciones: como ley y como derecho subjetivo. Son Summenhart y Driedo, a los que aludiremos más adelante.

49. Véase, por ejemplo, F. DE VITORIA, *Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomás*, In 2-2 de justitia, q. 57, a. 1, 7, ed. V. Beltrán de Heredia, III (Salamanca 1934), pág. 5.

e) En épocas posteriores, las distintas acepciones del derecho se hallan recogidas en diversos autores de la Segunda Escolástica, de entre los cuales nos referiremos a los que nos han parecido más interesantes.

Tres son las acepciones de las que se hace eco Vitoria: lo justo u objeto de la justicia, que es el sentido propio, el arte o ciencia del derecho y la ley, que es la regla del derecho[50]. En cambio, Soto acoge sólo dos: lo justo –el objeto de la justicia– y la ley[51]. Por su parte, Molina se hace eco de seis acepciones, cuatro principales y dos secundarias: lo justo, la ley, el arte del derecho, la facultad o potestad (derecho subjetivo), la sentencia de los jueces y tribunales y el lugar o sede[52]. Tres cosas son de notar en Molina: 1º) la clara aparición del derecho subjetivo en la relación de las varias acepciones; 2º) que el sentido primero de *ius* o derecho es lo justo, del que derivan los demás; y 3º) que establece la relación entre estos seis significados en la equivocidad: el vocablo derecho –*ius*– es equívoco, afirma, lo cual quiere decir que tiene significados completamente distintos, aplicados a cosas no semejantes, afirmación correcta si se tienen conjuntamente en cuenta las seis acepciones.

Suárez alude detalladamente a todos los significados que han ido saliendo hasta ahora, pero tiene una nota original: interpreta lo justo u objeto de la justicia como el derecho subjetivo, que queda convertido en su pensamiento como el derecho en sentido propio y

50. "Quibus praenotatis dicimus: primo, quod jus capitur: uno modo proprie pro justo, id est pro eo quod justum est; et isto modo jus non est posterius justitia, id est jus non dicitur a justitia propter rationem supra positam. Alio modo capitur jus pro peritia artis juridicae, id est pro ipsa scientia; et isto modo jus est posterius justitia, id est dicitur a justitia, quia propterea student illi arti ut sciant jus, id est ut sint periti. Alio modo capitur jus pro lege ipsa; et isto modo est etiam posterius justitia, et per consequens jus a justitia illo modo derivatur". Ob. y loc. cits.

51. *De la Justicia y el Derecho*, cit., lib. I, proem., ed. cit., pág. 6.

52. *Los Seis Libros de la Justicia y el Derecho*, ed. de M. Fraga, I, 1 (Madrid 1941), págs. 133 ss. y 136. Cfr. B. E. SOSA, *La noción de derecho en "Los Seis Libros de la Justicia y el Derecho" de Luis de Molina* (Pamplona 1985), págs. 143 ss.

estricto[53]. Es un vuelco en el concepto de derecho, sobre el que volveremos más adelante.

f) A partir de los escolásticos españoles, las varias acepciones de derecho se encuentran recogidas por los canonistas con alguna frecuencia y, a partir del siglo XIX, por los civilistas –herederos de los comentadores del *Corpus Iuris Civilis* y de la pandectística– y, mucho más escasamente, por los filósofos del derecho, de los cuales apenas unos pocos aluden a ellas.

Los canonistas más antiguos detallan las varias acepciones hasta ahora vistas, entre tres y siete (lo justo, la ley, el derecho subjetivo, la ciencia jurídica, el lugar, la sentencia, el parentesco) con algunos matices diferenciales. Para unos, el sentido propio y primario de derecho es lo justo o derecho en sentido realista (la cosa justa), como es el caso de Pirhing[54] y Reiffenstuel[55]. Para

53. *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador*, lib. I, cap. II, n°s. 4 ss., ed. cit., págs. 11 ss.

54. "Sicut autem Jus varie derivatur, ita et variis modis accipitur, ut testatur Paulus (...) Et quidem primo ac praecipue Jus, secundum primaevam nominis Etymologiam, significat idem, quod justum est (...) Secundo Jus accipitur pro morali facultate, seu legitima, id est, a lege concessa potestate ad aliquid agendum, petendum, acquirendum, disponendum, utendum, retinendum, alienandum, etc. quo sensu Jus est quasi radix seu fundamentum Juris acepti pro aequo alteri debito, nam ex eo, quod alicui ex justitia quippiam est debitum, acquiritur ei facultas agendi, petendi, utendi, etc. (...) Tertio accipitur jus pro lege, quae est regula justitiae, seu justi in genere (...) Quarto accipitur jus pro ipsa scientia jurium sive legum (...) Quinto denique etiam ipse locus, in quo jus partibus litigantibus redditur seu dicitur". *Jus Canonicum in V. libros Decretalium Distributum, nova Methodo explicatum*, I (Dilingae 1674), págs. 1 s.

55. "Jus pluribus modis dicitur (...) Primo pro ipsismet Legibus, seu Constitutionibus (...) Deinde pro Scriptura, in qua eiusmodi Leges, sive Constitutiones descriptae continentur: sic dicitur *Corpus Iuris Canonici* hoc est, Liber scriptus continens ipsas Constitutiones canonicas (...) Tertio accipitur Jus pro ipsamet scientia (...) Quarto sumitur Jus pro materia, sive objecto legum, docentium genus humanum, *ut honeste vivat, alterum non laedat, jus suum cuique tribuat* (...) Quinto accipitur Jus pro facultate, aliquid legitime, et licite agendi: sic dicitur quis *jure suo uti* (...) Sexto accipitur Jus pro eo, quod cuipiam debetur debito legali (hoc est, debito stricte et proprie

otros, en cambio, ese sentido primario es la ley, según escribe Selvagio, que reduce las acepciones a las tres principales: la cosa justa, la ley y la *facultas legitima* o derecho subjetivo[56]. También da esa primacía a la ley Schmalzgrueber, aunque con ello no se refiere al derecho en sí, sino a que las leyes son el objeto principal de estudio del canonista[57]; en este mismo sentido se pronunciaron otros canonistas, que aluden de modo implícito a la variedad de acepciones, como es el caso de Ferraris[58], si bien otros dan esa

dicto) ad quod videlicet reddendum, et quidem quoad aequalitatem, quis lege adstringitur: et Jus taliter acceptum, est objectum Justitiae proprie dictae". A. REIFFENSTUEL, *Jus Canonicum Universum* (Antuerpiae 1755), prooem., 1, 5, págs. 1 s. En la pág. 2 añade otros significados menores, como la sentencia judicial, el lugar y el parentesco.

56. "Potest enim minus proprie pro eo accipi, quod aequum, ac bonum est, quodque rationi consonum (...) Similiter et intelligi solet pro legitima facultate, quae cuique a natura, a ratione, a lege datur ad aliquid agendum, vel omittendum, adsequendum, vel retinendum (...) At vero princeps hujus vocis notio est, ut Principium, seu Regulam designet, quae aut actiones hominum, vel ratione, vel lege poenam minante, praemiumve proponente ad id, quod bonum, aequum, ac justum est dirigat, aut ab eo avertat, quod malum est, iniquum, atque injustum (...) Jamvero Jus tertia hac notione acceptum recte definitur: *Complexio legum*". J. L. SELVAGIO, *Institutionum canonicarum libri tres*, cit., págs. 73 ss.

57. "Quaeritur 2. in quotuplici significatione *juris* nomen accipiatur apud doctores? Resp. Significationes hujus nominis non minus sunt variae (...) nam 1. aliquando significat idem, quod justum est (...) et aequum est (...) Aliquando accipitur pro loco, in quo jus redditur, suumque litigantibus per sententiam adjudicatur (...) Significat aliquando sententiam judicis, per quam alicui decernitur, vel dicitur jus, seu adjudicatur, quod ipsi debetur; quia judex sententiam proferens, jus proferre censetur (...) Saepe denotat moralem facultatem aliquid agendi, vel omittendi, aut obligandi alterum ad aliquid dandum, faciendum, aut omittendum (...) Passim *juris* nomine venit ipsa ars, sive scientia jurium, i. e. legum, et canonum (...) Denique, et praecipue ad praesens propositum *juris* nomen aliquando significat legem, vel canonem, sive regulam iusti". F. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, t. I, pars I (Romae 1843), págs. 5 ss.

58. "Relictis variis aliis juris acceptionibus, hic jus potissimum accipitur pro lege". *Prompta Bibliotheca canonica, juridica, moralis, theologica* (Bononiae 1763), voz *Jus*, pág. 240.

primacía de estudio a la *ars* o ciencia del derecho, entendiendo por tal los *libri legales*[59], pues partían de la idea de que, como dijera Cujacio, "ars est collectio praeceptorum"[60].

Desde fines del siglo XIX los canonistas se centraron en las acepciones principales, aunque no faltaron excepciones[61]. No hay, sin embargo, un tratamiento unitario. Unos dan dos acepciones como Wernz[62], Aichner[63] y Sipos-Gálos[64]: la ley o derecho objetivamente tomado y la facultad moral o derecho en sentido subjetivo, siendo la primacía y principalidad de la ley.

59. Cfr. M. GONZÁLEZ TÉLLEZ, *Commentaria perpetua in singulos Textus quinque Librorum Decretalium*, I (Lugduni 1715), pág. 1. En este autor aparece el derecho como cuasi idea de la justicia, cosa insólita en un seguidor de Tomás de Aquino: "Jus, ergo, ut significat justum, quod a recto non deviat, vel objectum est justitiae, vel ipsius justitiae quasi idea: in hoc sensu non definitur a Consultis, nec per allusionem derivatur (...) Itaque de Jure in hoc sensu accepto noster sermo non est". Loc. cit.

60. *Recitationes solemnes*, cit., Ad II.I. § XI, Jus pluribus modis, en *Operum*, cit., col. 3.

61. Así B. Ojetti enumera todavía siete acepciones: lo justo –acepción primaria–, el arte jurídico, el derecho subjetivo, la ley o derecho objetivo, la sentencia del juez, el lugar y las colecciones de leyes. *Commentarium in Codicem Iuris Canonici*, I (Romae 1927), pág. 2.

62. "Significat enim haec vox: I. *Facultatem* moralem aliquid possidendi aut agendi vel omittendi inviolabilem (*ius dominativum*). Quam facultatem non pauci recentiores iuristae vocant ius subjectivum. II. *Legem* (*ius praeceptivum*) vel potius integrum quendam complexum legum, quibus societas aliqua ordinatur v. g. ius romanum. Huiusmodi complexus legum a iuristis saepe dicitur ius objectivum, atque haec est principalis quaedam iuris significatio. Nam lex est justi regula normaque iustitiae et fons sive fundamentum illius facultatis sive iuris subjectivi in creaturis". *Ius Decretalium*, I (Romae 1898), pág. 49. Sin cambios en F. X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius Canonicum*, I (Romae 1938), pág. 68.

63. "Accuratius loquendo jus tum *objective* tum *subjective* considerari potest. Jus *objective*, seu in se consideratum, est norma, per quam jus subjectivum determinatur, seu est systema normarum (...) Ex jure *objective* sumpto manifestum sit, quid sit jus *subjective* seu in certo subjecto consideratum. Est nimirum *facultas moralis aliquid agendi vel omittendi, aut postulandi, ut alter aliquid agat vel omittat*". *Compendium Juris Canonici*, 8ª ed. (Brixinae 1895), págs. 1 s.

64. *Enchiridion Iuris Canonici*, 6ª ed. (Romae 1954), págs. 1 s.

Naz distingue entre derecho objetivo o lo justo y el derecho subjetivo, entendiendo la ley y la ciencia jurídica como derecho en sentido figurado[65]. Por su parte, De Meester señala tres acepciones: lo justo y equitativo, la facultad moral y la ley, que sería el sentido principal[66]. Para Maroto la acepción principal, raíz

65. "Le mot droit correspond à une de ces notions premières qu'il est difficile de définir par d'autres termes. Il a quatre significations principales.

Au sens *propre*, on entend par droit:

1º. Ce qui est juste. Rendre à chacun son droit signifie rendre à chacun ce qui lui appartient en justice. C'est le droit ainsi entendu qui est l'objet de la vertu de la justice. On le nomme *droit objectif*.

2º. Le fondement de la justice, le pouvoir d'exiger quelque chose comme strictement dû. C'est en ce sens qu'on dit: le créancier a le droit d'être payé. On nomme le droit ainsi consideré: *droit subjectif*.

Au sens *figuré*, le mot droit signifie:

1º. La source du droit au sens propre, c'est-à-dire la loi qui détermine ce qui appartient à chacun, et se trouve ainsi la règle de ce qui est juste, la norme de ce qu'il est permis d'exiger: de là l'expression *droit normatif*. On dit en ce sens: conformément au droit il est permis d'agir de telle façon. Par extension le mot droit sert à désigner les lois d'une même catégorie: le droit romain, le droit moderne.

2º. Dans un sens encore plus dérivé, on appelle droit, la science des lois et l'art de les appliquer.

On le voit, le droit normatif donne à chacun le droit subjectif sur tel objet, qui devient par là son droit objectif (...) D'après ce qui précède on peut définir le droit *objectif* (dit aussi passif): Ce qui est strictement dû à quelqu'un, en pleine mesure, de telle sorte qu'il puisse l'exiger comme lui appartenant exclusivement; et le droit *subjectif* (dit aussi actif): Le pouvoir moral inviolable d'avoir, de faire ou d'exiger quelque chose pour son propre avantage, comme exclusivement sien". *Traité de droit canonique*, dir. por R. Naz, 2ª ed. (Paris 1954), pág. 9.

66. "Vocabulum *Jus*, quod alii a *justitia*, vel a *jubendo*, vel ab eo quod a populo *jussum* fuerat deducunt, diversimode accipitur; nempe: a) pro aequo et justo generatim, sive pro omni eo quod dictamini rationis, legi divinae et humanae conforme est; b) pro facultate morali, legitima et inviolabili aliquid possidendi, agendi aut omittendi vel exigendi; quam facultatem non pauci vocant *jus subjectivum*; sic dicitur: *Sum mei juris; utitur jure suo*; c) pro ipsa lege vel legum complexione, et hac acceptione vocatur *jus objectivum*. Hoc ultimo sensu a nobis sumitur, et designat hic complexionem vel systema legum, quibus regitur aliqua societas, seu ipsius societatis legislationem. Hic sensus est praecipuus, nam lex est regula justi et fundamentum illius facultatis

y fundamento de las demás, es la de ley o conjunto de leyes, siendo los otros sentidos los de derecho subjetivo y de cosa justa (lo conforme, conveniente o adecuado a las leyes)[67].

Por su rigor científico –es fiel a un sistema de filosofía jurídica, en este caso el realismo jurídico clásico– merece especial mención A. van Hove. El término derecho, escribe, tiene tres acepciones: en sentido objetivo, en sentido subjetivo y en sentido normativo. En sentido objetivo, es lo suyo de un sujeto –la cosa justa–, y éste es el sentido propio y primario. Consecuencia –un *posterius*– respecto del derecho objetivo es el derecho en sentido subjetivo o facultad moral inviolable. Y en sentido normativo o metonímico, en el cual la causa se pone por el efecto, la ley o el conjunto de leyes son frecuentemente llamados derecho. Añade, fuera ya de los tres sentidos que se refieren al sistema jurídico, una acepción extensiva, que es la de ciencia del derecho. Es de señalar –desde Molina los autores silenciaron este punto– que Van Hove indica la naturaleza de la relación existente entre los tres sentidos principales de derecho: son significados análogos, con analogía de atribución. El analogante es el derecho objetivo, siendo analogados el derecho subjetivo y el derecho normativo[68]. Siguen a este autor Vermeersch y Creusen[69].

moralis in creaturis". *Juris canonici et juris canonico-civilis Compendium*, 2ª ed., I (Brugis 1921), págs. 1 s.

67. *Instituciones de Derecho Canónico*, ed. castellana, I (Madrid 1919), págs. 4 s.

68. *Prolegomena*, 2ª ed. (Mechliniae 1945), págs. 6 ss.

69. "Ius *obiective* sumptum *sensu proprio* significat illud quod alteri tamquam suum debetur; *subjective* 'inviolabilem autonomiam personae, seu entis sibi exsistentis, in persequendo fine proprio propter quem exsistit et inviolabilem relationem praevalentiae seu quasi dominii in res quae ad finem seu bonum istius personae destinatae sunt'. *Sensu* autem *metonymico*, quo causa pro effectu accipitur, ius *obiective* sumptum significat *regulam iuris* seu legem vel complexum legum (v. g. ius divinum, civile, romanum, etc.; ius dicere). Recte tunc dicitur *ius normativum*. Tandem sensu extensivo accipitur pro *scientia* iuris (Iurisperitus)". *Epitome Iuris Canonici* (Mechliniae 1949), pág. 15.

g) También se encuentran mencionadas expresamente las varias acepciones del derecho entre los antiguos tratadistas del derecho natural. Aunque todos ellos conocen el derecho subjetivo, son muchos los que dan la primacía a la ley –tratan fundamentalmente de la ley natural–, si bien algunos, como Wolff y sus discípulos, entendieron el derecho natural como el sistema de derechos subjetivos naturales.

De entre los que se refieren de modo expreso a las distintas acepciones, pueden hacerse cuatro grupos. Para alguno, como Bensa[70], el derecho es la facultad moral o derecho subjetivo y no otra cosa. Para otros, como Thomasio[71] y Burlamaqui[72], el término derecho comprende la ley y el derecho subjetivo. Para un tercer grupo de autores, las acepciones de la palabra derecho son tres: la ley, lo justo y el derecho subjetivo[73]. Posición un tanto original es la de Rothe, que tras analizar el derecho subjetivo, da estos cuatro sentidos del término derecho: lo justo u objeto de la justicia, el conjunto de leyes, la ciencia del derecho y el conjunto de preceptos coactivamente impuestos, sin mencionar el derecho subjetivo[74].

70. *Juris Naturalis Universi Summa*, I, cit., págs. 245 y 249: "Caput VI, De jure in genere. Articulus I. *De juris universe spectati natura*. 357. Pos. 167.– Jus est potestas immaterialis, prorsus rationalis, in vero et bono fundata, adeoque omnino moralis (...) 365. Pos. 171.– Jus apte definitur moralis potestas aliquid operandi vel exigendi ineluctabilis".

71. *Fundamenta Juris Naturae et Gentium ex sensu communi deducta*, 4ª ed. (Halae 1718, reprod. Aalen 1979), lib. I, cap. V, § 1, págs. 145 s.: "Jus sumitur varie. Potissimum vel pro norma actionum, vel pro potentia agendi in relatione ad illam normam".

72. *Elementos de Derecho Natural*, 2ª ed. castellana (Madrid 1837), parte I, cap. IV, págs. 18 s.

73. Vide, J. COSTA-ROSSETTI, *Synopsis Philosophiae Moralis seu Institutiones Ethicae et Juris naturae* (Oeniponte 1883), págs. 194 s.; J. M. ORTI LARA, *Introducción al estudio del Derecho y Principios de Derecho Natural* (Madrid 1874), págs. 13 s.; TH. MEYER, *Institutiones Juris Naturalis*, I, cit., pág. 352.

74. *Traité de Droit Naturel*, I, cit., págs. 42 s.

h) De entre los tratadistas de derecho natural, filosofía del derecho o teoría general más cercanos a nosotros ninguno desconoce el derecho subjetivo, aunque algún autor como Kelsen lo subsuma prácticamente en la norma. Pero son casi excepción los que aluden explícitamente al tema de las acepciones del término derecho. Y cuando a él se refieren, lo más frecuente es ceñirse a la consideración dúplice, como ley y como derecho subjetivo, postura que puede considerarse como la más general[75]. En cuanto a la relación entre ambas, se suele afirmar que el derecho subjetivo es efecto de la norma, si bien respecto de la prioridad de una u otra noción no falta quien la califique de "cuestión ociosa"[76] o de "escaso significado"[77], lo cual es, por lo menos, una falta de visión de la trascendencia del asunto.

Tres acepciones recoge Legaz: norma, derecho subjetivo y ciencia[78]. Y tres son también las que se encuentran en Cathrein, que trata de ellas ampliamente: lo suyo o lo justo (sentido realista), la norma o ley (derecho objetivo) y el derecho subjetivo[79]. Se separa un tanto de lo hasta ahora visto Du Pasquier, que a las dos acepciones más comunes, ley o norma y derecho subjetivo, añade el sentido fiscal como sinónimo de impuesto y el sentido idealista: el derecho representando la idea de justicia[80]. Esta acepción de valor ideal de justicia se encuentra también en Fernández-Galiano,

75. Véase, por ejemplo, G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., págs. 84 ss.; J. DABIN, *Teoría general del Derecho*, ed. castellana (Madrid 1955), pág. 15; J. LECLERCQ, *Leçons de droit naturel*, I, cit., págs. 11 ss.; E. LUÑO PEÑA, *Derecho Natural* (Barcelona 1947), págs. 10 s.; L. RECASENS SICHES, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, cit., pág. 232; TH. STERNBERG, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, ed. castellana (Barcelona 1930), pág. 213; G. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., págs. 225 s.

76. TH. STERNBERG, ob. y loc. cits.

77. G. DEL VECCHIO, *Sobre los derechos subjetivos*, en *Aspectos y problemas del derecho* (Madrid 1967), pág. 261. Para este autor "ambas nociones son simultáneas y recíprocamente complementarias".

78. *Filosofía del Derecho*, cit., págs. 257 s.

79. *Filosofía del Derecho*, cit., págs. 52 ss.

80. *Introduction à la théorie général et à la philosophie du Droit*, cit., págs. 20 ss.

que da, además, las otras tres acepciones más comunes: norma o conjunto de normas, facultad o derecho subjetivo y ciencia[81].

i) Hacíamos antes referencia a los civilistas, herederos de los comentaristas y exégetas del *Corpus Iuris Civilis*, y con ellos vamos a terminar esta reseña[82]. Su exposición es por demás sencilla. Lo habitual y común es la doble acepción de ley y derecho subjetivo, y en este sentido se pronuncian la gran mayoría de los civilistas que aluden a las acepciones de la palabra derecho[83], siendo no pocos los que silencian esta cuestión. No faltan quienes dan tres acepciones: ley, facultad moral o derecho subjetivo y ciencia[84]. O quien da cuatro, las tres anteriores y la justicia[85].

En cuanto a la relación entre las distintas significaciones, los civilistas suelen guardar silencio. Pero cabe señalar que Ripert y Boulanger escriben que el término derecho es metafórico[86], adjetivación claramente errónea, pues ello significaría que la ley y

81. *Derecho Natural*, cit., págs. 69 s.

82. No sin antes aludir a la pandectística alemana. Sea suficiente señalar que F. Glück enumera hasta doce acepciones de la palabra *ius*. *Commentario alle Pandette*, edición italiana, I (Milano 1888), I, I, 1, págs. 3 ss.

83. Vide, por ejemplo, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I (Milano 1952), pág. 11; H.-L.-J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, I, 1, 6ª ed. por F. Chabas (Paris 1980), págs. 15 ss.; R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, I (Bruxelles 1954), pág. 9; O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I (Leipzig 1895, reprod. Leipzig 1936), págs. 112 ss. y 251 ss.; R. DE RUGGIERO-F. MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, I (Milano 1961), págs. 3 s.; G. RIPERT-J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, I (Paris 1956), págs. 2 s.; J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, 2ª ed. (Paris 1983), pág. 3; B. DUSI, *Istituzioni di diritto civile*, 3ª ed. por S. Romano, I (Torino 1940), pág. 1; N. STOLFI, *Diritto civile*, I, 1 (Torino 1919), págs. 88 s.; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 7ª ed., I (Paris 1915), pág. 1; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, I, 2ª ed. (Madrid 1899), pág. 40; J. CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 10ª ed., I, 1 (Madrid 1962), pág. 66.

84. A. COLIN-H. CAPITANT, *Curso elemental de derecho civil*, 2ª ed. castellana, I (Madrid 1941), págs. 6 s.

85. F. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español*, I, 1 (Madrid 1957), pág. 13.

86. Ob. y loc. cits.

el derecho subjetivo son cosas completamente distintas –como decimos "este animal es un león" y "este hombre es un león por su valentía"–, siendo así que la ley y el derecho subjetivo, sin ser iguales, son semejantes en cuanto derecho, pues integran la realidad jurídica: ambos son, en cierto sentido, derecho. Esto indica que el significado del término derecho, en relación a una y otro, es análogo, no metafórico. Para Ruggiero y Maroi los dos conceptos de derecho –ley y derecho subjetivo– son aspectos de un concepto único (lo cual sólo podría considerarse correcto, si el derecho subjetivo se asumiese en la norma al modo kelseniano)[87], mientras para Albaladejo se trata de dos conceptos distintos, sin precisar más[88].

j) A lo largo de este breve recorrido histórico puede advertirse que, en este asunto de las varias acepciones de la palabra derecho, se entremezclan dos cuestiones: una meramente lingüística, sobre los usos del término derecho, que tiene sólo interés erudito y para los partidarios del análisis del lenguaje; y otra, sustancial, más propia de la filosofía del derecho: cuáles son los elementos del fenómeno jurídico –de qué se compone la realidad que llamamos jurídica– y cuál es la relación que entre ellos existe. De esto segundo trataremos en el apartado siguiente.

4. EL DERECHO EN SENTIDO PROPIO Y PRIMARIO. *a*) De los avatares históricos de las distintas acepciones de la palabra derecho se deduce que hay tres cosas de las que se ha predicado que son *derecho*, esto es, realidad jurídica: la cosa debida, el derecho subjetivo y la ley. Son, sin duda, tres elementos del fenómeno jurídico, sin prejuzgar por ahora si la cosa justa o debida y el derecho subjetivo son o no dos realidades adecuadamente distintas. De las tres se ha dicho que son derecho y de cada una de ellas se ha escrito, por una serie de autores, que es el derecho en sentido propio y primario. Ésta es, justamente la cuestión que

87. "Questi due concetti del diritto non sono antagonistici, né figure o formazioni diverse: sono anzi aspetti di un concetto unico". R. RUGGIERO-F. MAROI, ob. cit., pág. 4.

88. *Instituciones de Derecho Civil*, I (Barcelona 1960), pág. 14

ahora ha de ocuparnos: ¿a qué llamamos derecho en sentido propio y primario? ¿cuál de las tres realidades es *el derecho*, siendo las demás derecho, en el sentido de ser elementos de la realidad jurídica, pero llamándose derecho latamente por su relación con el derecho en sentido propio y estricto?

Para situar la cuestión en sus justos términos, nuevamente hemos de recordar lo que tantas veces hemos dicho: el modo de conceptualizar depende de la perspectiva adoptada. Y la perspectiva de la filosofía del derecho es la perspectiva jurídica, que es la perspectiva del jurista. Desde esta perspectiva, la palabra derecho designa propiamente *el objeto del oficio de jurista*. El derecho es, justamente y no otra cosa, el objeto del saber y de la acción de determinar y decir que constituyen lo propio del oficio de jurista; es aquello que el jurista sabe determinar y declarar: *ius dicere*. Es el objeto de su ciencia, de su arte o prudencia, que por eso recibe el nombre de *iuris prudentia* y *iuris peritia*. El jurista es el jurisprudente y el jurisperito, sabedor y sentenciador del derecho. Recordemos, a la vez, que el objeto del oficio del jurista coincide con el objeto de la justicia; lo que la justicia conduce a dar: el *ius suum* o lo *suum*, lo suyo de cada uno. Hemos visto que los juristas romanos tenían el arte del derecho como la ciencia de lo justo, que es el objeto de la justicia; lo justo es, pues, el objeto del oficio de jurista, lo que equivale a decir que lo justo y el derecho –lo hemos repetido ya– son lo mismo. La pregunta crucial es, pues, ésta: ¿a qué llamamos lo justo, qué es lo justo: la ley, el derecho subjetivo o la cosa debida? Aquello que sea lo justo, esto es, lo suyo de cada uno, eso es el derecho en sentido propio y primario.

b) Que el derecho en sentido propio y primario es la ley ya lo dijo Buridán[89] (siglo XIV) y lo encontramos también en Oldendorp[90] (siglo XVI), lo cual no hay que confundir con llamar

89. *Questiones*, cit., lib. V, q. 2, fols. XCI ss.

90. "Ius denique idem est quod lex, a iussum per apocopem dictum". *Iuris naturalis gentium et civilis isagoge* (Colonia 1539), en C. VON KALTENBORN, *Die Vorläufer des Hugo Grotius auf dem Gebiete des Ius*

derecho o *ius* a la ley –en sentido derivado–, como ya hemos visto en los juristas romanos (no así en Grecia, donde la ley se llamó *nómos* y nunca *díkaion* ni por otros derivados de *díke* o *dikaiosyne*). Tampoco hay que confundirlo con la postura de legistas y canonistas, afirmando que su estudio se ordenaba principalmente a las leyes, por ser la *ars iuris* la *collectio praeceptorum*, que era una postura más práctica que teórica. El normativismo –la ley es el derecho y el derecho es la ley–, aunque con precedentes en siglos anteriores, tanto de filósofos como de juristas, es propiamente una corriente que fue extendiéndose en el siglo XVIII y se generalizó a partir del siglo XIX. Con la escuela histórica y la escuela francesa de la exégesis, puede ya considerarse consolidada, de modo que es, sin duda y con mucho, la corriente que ha prevalecido en los dos últimos siglos. La filosofía del derecho, de Kant a nuestros días, ha sido fundamentalmente normativista, de forma que los seguidores del realismo jurídico clásico han constituido una minoría. Por su parte, la ciencia jurídica moderna también ha seguido –prevalentemente– el normativismo, sin que los canonistas hayan constituido una excepción significativa.

Pero, ¿está asentado el normativismo en sólidas bases científicas? En otras palabras, ¿es correcto sostener que la ley sea el derecho en sentido propio y primario, o tal postura es producto de una inadecuada evolución de la ciencia jurídica?

c) Afirmar que la ley es el derecho en sentido propio, quiere decir que el arte del derecho es la *ars legum*. Pero ello significa, ante todo, el arte de hacer las leyes. Esto supuesto, si la filosofía del derecho fuese filosofía política, si la ciencia jurídica fuese ciencia política y si el jurista tuviese por fin de su arte el correcto dinamismo de la sociedad –la consecución total del bien común–, en otras palabras, si la justicia consistiese en el orden total de la *pólis* y de su dinamismo –la armonía política–, sin duda el derecho sería un concepto político y su acepción propia y primaria sería la

naturae et gentium sowie der Politik im Reformationszeitalter (Leipzig 1848), II, pág. 7.

ley. Es, en efecto, la ley la que señala la conducta recta hacia el bien común y lo que ordena las conductas humanas a él. Por eso la ley –el ordenamiento legal– es un elemento vital de la *pólis* y, en consecuencia, un factor de primer orden en la filosofía y la teoría políticas. De ahí que libros clásicos de filosofía política lleven por nombre *De legibus* o *Las Leyes* y, en todo caso, que la filosofía de la ley constituya el centro, o al menos parte importante, de los tratados de filosofía política. Si lo típico y especificador del oficio de jurista fuese dar leyes o saber dar leyes, el derecho –objeto del oficio de jurista– sería la ley.

Pero quienes dan las leyes, quienes tienen por oficio y ministerio procurar que la comunidad humana tenga buenas leyes son los políticos, no los juristas. No son el juez ni los tribunales quienes instituyen las leyes, no es ésa su función propia. Ciertamente los juristas pueden tener una función consultiva en el proceso de elaboración de las leyes, especialmente si se trata de leyes que recogen soluciones de derecho nacidas de los juristas (cosa frecuente en el derecho privado), pero aun en este caso la función del jurista es meramente consultiva. Los trámites legislativos son cosa de las comisiones parlamentarias y del Parlamento y, en todo caso, del poder legislativo que cada régimen político tenga instituido. Hacer las leyes es función de los políticos, no de los juristas.

Mas, ¿no cabe entender la *ars legum*, como el arte de interpretarlas? Bien es verdad que función del jurista, y muy principal, es interpretar las leyes y, en este sentido, la ley tiene una directa e íntima relación con el oficio de jurista. Decir el derecho requiere muchas veces interpretar la ley, declarar lo que la ley dice. Pero esta función no es terminal –no se termina la función del jurista en la interpretación de la ley–, sino que es una función medial e instrumental. ¿Para qué interpreta la ley el jurista? La respuesta es clave, porque las artes se especifican por su finalidad, no por su instrumental. Pues bien, la interpretación de la ley no la realiza el jurista en función del bien político –no se trata de conducir a los ciudadanos a la consecución de todos los fines de la *pólis*–, sino en función de la justicia, es decir, en función de decir y determinar lo justo, ya sea legal, ya sea distributivo, ya sea

correctivo-conmutativo. En efecto, la ley cumple la función de regla y medida de lo justo y no pocas veces crea títulos de derecho (causa del derecho). Ello es obvio en lo justo legal, pero no es menos claro en lo justo distributivo o correctivo: si la ley –por ejemplo– señala partes alícuotas de una herencia, es causa y regla de lo justo distributivo; si fija el precio de un artículo o mercancía, es regla de lo justo conmutativo. Lo propio del jurista es –valgan los ejemplos recién puestos– decir qué parte de la herencia yacente corresponde a cada heredero, o cuál es el precio que debe pagar el comprador; para ello necesita saber interpretar la ley, pero la interpreta para ello, no por sí misma. La ley no es el objeto específico del oficio de jurista, no es el derecho, aunque sin duda es derecho, parte de la realidad jurídica.

Hacer de la ley el derecho lleva consigo un trastueque en el oficio de jurista. El objeto del oficio de jurista se transforma en la aplicación de la ley. El orden jurídico, en lugar de ser el orden de la justicia, es visto como el orden de las conductas conforme a la ley; ello supone ceñirse a la justicia legal –desapareciendo de la perspectiva del orden jurídico lo justo distributivo y lo justo conmutativo, lo cual no es razonable– y confundir el orden jurídico (cumplimiento de la justicia) con el orden político (ordenación de la sociedad mediante leyes). Asimismo, si el oficio de jurista se limita a la aplicación de la ley, se entiende como una función política: garantizar el desarrollo de la vida social de acuerdo con las leyes. ¿Dónde queda, entonces, el orden justo, el orden de la justicia? La distorsión que introduce el normativismo en la función del jurista, al que identifica incorrectamente, muestra su falsedad. En el fondo, el concepto de derecho del normativismo no es un concepto de derecho, porque está elaborado desde la perspectiva política y no desde la perspectiva jurídica, que es la perspectiva del jurista.

En cuanto al normativismo metodológico –el de aquellos juristas académicos que dan la primacía a la ley como su objeto directo de estudio– hay que decir dos cosas: en primer lugar, que el concepto de derecho debe obtenerse desde la perspectiva del jurista práctico, pues la justicia no es una teoría, sino una praxis (la de la acción justa); en segundo lugar, que una perspectiva meramente metodológica no es aquélla desde la que se obtienen

conceptos esenciales, uno de los cuales es el concepto de derecho que nos interesa. El normativismo metodológico no puede dar lugar al concepto propio y estricto de derecho.

d) ¿Será acaso el derecho subjetivo el derecho en sentido propio y primario? Así lo sostienen algunos autores de los vistos, junto con otros que no hemos citado. Unos omiten establecer una relación entre la justicia y el derecho subjetivo. Suárez, en cambio, la estableció. Para él, la facultad moral de hacer, de omitir o de exigir –el derecho subjetivo–, sería el objeto de la justicia, en lugar de la cosa justa; tal sería el significado del *ius suum* de la fórmula de la justicia, que el Digesto trae[91]: dar a cada uno su derecho subjetivo.

La tesis de la primacía del derecho subjetivo, su consideración como el derecho en sentido propio y primario, lleva consigo constituir al titular del derecho subjetivo como el protagonista del orden jurídico. El orden jurídico o armonía social justa consistiría fundamentalmente en el libre y correcto ejercicio de los derechos subjetivos, por lo que el objeto de estudio del jurista sería el sistema de derechos subjetivos[92]. ¿Qué decir de esta tesis?

Por de pronto, tal postura introduce una inversión de términos, casi imperceptible, pero real, en la noción de justicia. Lo justo sería el ejercicio del derecho subjetivo, lo cual llevaría como consecuencia el respeto a ese derecho. Por eso no son pocos los autores que ven la justicia y lo justo en el libre ejercicio de los

91. "Según el último y más estricto significado de *ius*, con toda propiedad suele llamarse *ius* al poder moral que cada uno tiene sobre lo suyo o sobre lo que se le debe; así se dice que el dueño de una cosa tiene derecho sobre la cosa y que un obrero tiene derecho al salario, por razón de lo cual se dice que es digno de su recompensa (...) En este sentido parece que se toma también esa palabra en el Digesto, cuando se dice que la justicia es una virtud que otorga a cada uno su derecho, es decir, que otorga a cada uno lo que le pertenece; luego la acción o facultad moral que cada uno tiene sobre su cosa o sobre la cosa que de algún modo le pertenece, se llama derecho y ese parece ser propiamente el objeto de la justicia". Ob. y loc. cits., n. 5, pág. 11.

92. Tal es, por ejemplo, la postura que adoptaron los epígonos del iusnaturalismo moderno. Cfr. F. CARPINTERO, *Una introducción a la ciencia jurídica*, cit., págs. 43 ss.

derechos subjetivos. Pero esto es una confusión. Si el derecho subjetivo es una facultad moral o potestad de la persona, su ejercicio es un acto de dominio, no un acto justo, el cual, en todo caso, consiste en el respeto a dicho ejercicio. Si la justicia consiste en dar a cada uno su derecho, la justicia y lo justo no consisten en ejercer los derechos subjetivos, sino en respetarlos. El sistema de derechos subjetivos es un sistema de facultades o sistema de dominio, no el sistema de justicia o sistema jurídico, el cual, en todo caso, se refiere al respeto de los derechos subjetivos. En otras palabras, no se es justo porque se ejerzan los derechos –por eso se es dueño–, sino porque se cumplen los deberes.

Por otra parte, como sea que en relación con el derecho subjetivo la justicia y lo justo consisten en su respeto, esto lleva consigo que lo justo no sea el derecho subjetivo o su ejercicio, sino la no interferencia al derecho y a su ejercicio. Pero si esto es así, el derecho subjetivo no es el objeto de la justicia, no es lo justo –que lo es el respeto–, por lo cual la tesis criticada cae por su base.

En tercer lugar, si el derecho fuese el derecho subjetivo, lo justo consistiría –lo acabamos de decir– en respetar el derecho y en el cumplimiento de los deberes correlativos al derecho; lo que llevaría consigo que la justicia comenzaría a tener operatividad –a ser debida la acción justa– a partir de la iniciativa del titular del derecho al ejercerlo (desde el momento en que el titular exigiese lo correspondiente al derecho). Mas esto es falso. Por ejemplo, cumplido el plazo de devolución de un préstamo, existe el deber jurídico, de justicia, de pagar, sin esperar a la reclamación por parte del prestamista. Si fuese verdad la tesis de la primacía del derecho subjetivo, sin reclamación del acreedor no habría obligación de pagar, lo cual es a todas luces falso.

Lo que se acaba de decir pone de manifiesto la primacía de la deuda sobre la exigibilidad. El titular del derecho puede exigir o reclamar la cosa constituida en derecho –puede reclamar o exigir la acción justa–, por lo que el derecho es, a la vez, debido y exigible. Pero, ¿es debido porque es exigible o es más cierto lo contrario? Los ejemplos que acabamos de poner nos muestran que lo verdadero es que el derecho es exigible porque es debido. El derecho es ante todo debido, de modo que el deudor debe realizar

la acción justa en el momento oportuno sin necesidad de exigencia o reclamación. Ésta, la exigencia o reclamación, es facultad del acreedor cuando el deudor no cumple con la deuda oportunamente; y nace del hecho de que el deudor está constreñido por un deber o deuda en sentido estricto, cuyo origen es la atribución de la cosa a su titular.

e) La acertada identificación del derecho en sentido propio y estricto es mérito de la tradición clásica –el realismo jurídico clásico– o tradición romana, cuyo precedente filosófico es Aristóteles: el derecho en sentido propio y primario es la cosa justa, también llamada lo justo o suyo (lo que pertenece y corresponde al titular). Digamos unas breves palabras al respecto.

Si la acción justa consiste en dar a cada uno su derecho, o lo suyo, el derecho es el objeto de la justicia, o, por mejor decir, el objeto de la acción justa. Es por ello el objeto del arte del jurista, lo que éste determina y declara. Pero como la acción justa consiste en *dar* (en el múltiple sentido de este verbo), lo que da son *cosas*: el fundo a su dueño, la conducta prescrita por la ley a la sociedad (el cumplimiento de la ley es *derecho* de ésta: cosa debida a ella por el ciudadano), el precio al vendedor, la casa arrendada al arrendatario, los bienes de la herencia al heredero, etc. El derecho es una cosa.

Naturalmente, el derecho no es la cosa en sí, sino la cosa en cuanto está relacionada con unos sujetos en la situación complementaria atribución-deuda: la cosa atribuida a un titular, que es debida por quien interfiere la situación de pacífica posesión, uso y disfrute. El derecho es, pues, la cosa en una relación social, la cosa relacionada con dos o más personas como atribuida-debida. Lo veremos más adelante.

5. LA DEFINICIÓN DE DERECHO. ¿Qué es, según lo dicho, el derecho? ¿Cómo definirlo? A estas preguntas cabe responder así: *derecho es aquella cosa que, estando atribuida a un sujeto, que es su titular, es debida a éste, en virtud de una deuda en sentido estricto.*

Esto es justamente el objeto de la acción justa y el objeto del arte del jurista. Esto es *lo justo*, aquello que el jurista debe discernir y declarar. Así, pues, *el derecho* y *lo justo* son lo mismo que *lo suyo* en cuanto debido.

Seguidamente hemos de describir y analizar las distintas facetas que presenta el derecho.

6. EL DERECHO OBJETO DE LA JUSTICIA. *a*) Hemos visto una doble fórmula de la justicia, sin otra diferencia que la sustitución de la palabra *suum*, lo suyo, por *ius suum*, su derecho: "suum cuique tribuere" o "ius suum cuique tribuere". Lo suyo y su derecho son términos equivalentes, el derecho de cada uno es lo suyo. Y lo suyo de una persona es aquello que le está atribuido en el reparto de las cosas. Esa cosa que, repartida, está atribuida a una persona y que el hombre justo debe dar cuando esa cosa –sin ser suya– está en su ámbito de poder o interferencia, es justamente lo que los juristas romanos llamaron *ius* o derecho, equivalente a *lo justo* de Aristóteles. El derecho es, pues, lo que la acción justa *da* –dar a cada uno su derecho–, la cosa que se da, esto es, el objeto del acto propio de la justicia: el derecho es el objeto de la acción justa. Dicho en otras palabras, el derecho es la cosa que el hombre justo devuelve, restituye, entrega, respeta, etc. Y como el derecho es objeto de la acción justa, se dice también que es objeto de la justicia.

Aclaremos algo más esta afirmación. ¿Qué significa que el derecho es objeto de la justicia? Significa que el derecho es aquello que respecto de la justicia como virtud tiene razón de objeto. Podemos, pues, preguntarnos a qué llamamos objeto de una virtud. Las virtudes son disposiciones de las potencias del hombre, por las cuales éste se inclina a actuar rectamente de modo habitual y con facilidad. Son, por lo tanto, disposiciones de las potencias humanas. Y las potencias humanas producen actos, que la razón regula imprimiendo el orden racional o rectitud, el orden correcto que corresponde por naturaleza (lo recto natural) o por ley humana (lo recto legal). Si las virtudes son disposiciones de las potencias y éstas producen actos o conductas, que son su objeto,

esos actos o conductas constituyen el objeto primero de las virtudes.

Estos actos –que se denominan genéricamente actos de la virtud, aunque propiamente son actos de las potencias rectificadas por la virtud– pueden recaer sobre una materia o cosa; por ejemplo, beber, que comporta una actuación sobre una materia, la bebida. En tal caso, a esa materia o cosa se la llama el objeto del acto; y de modo mediato –en cuanto es materia u objeto del acto– recibe también el nombre de objeto de la virtud, más precisamente objeto mediato o segundo de la virtud.

Según esto, el objeto primero o inmediato de la justicia es la acción justa. Y como ésta tiene por objeto una cosa –lo que se da: el derecho– la cosa dada es el objeto mediato o segundo de la justicia. En este sentido se puede decir que el derecho es el objeto de la justicia.

b) Por ser el derecho el objeto de la justicia, es obvio que el derecho es lo justo, o lo que es lo mismo, que tiene una relación trascendental con la justicia. Lo cual quiere decir que tiene una relación trascendental con el orden o armonía sociales que se generan cuando cada persona tiene lo suyo, lo que le corresponde por estarle atribuido. El derecho es lo que está legítimamente atribuido y, por lo tanto, es lo que legítimamente hay que dar. El derecho está en el orden del reparto correcto. Cuando dar la cosa –entregar, respetar, restituir, etc.– aparece como pretendidamente debido en un sistema de atribuciones incorrecto e injusto o en relaciones sociales igualmente incorrectas e injustas, de modo que puede hablarse de un desorden o disarmonía por injusticia, entonces no puede decirse que la acción de dar sea justa –por el contrario es injusta– ni que su objeto sea lo justo. Estaríamos en presencia de *lo injusto*, lo que sería tanto como no-derecho. Derecho sólo es *lo justo*. El derecho, como objeto que es de la justicia, tiene una relación trascendental con ella.

Tener una relación trascendental supone que se trata de una relación que afecta a su ser. En tanto es, en cuanto se da esa relación. Por consiguiente, el derecho en tanto es derecho en cuanto es lo justo. Y en cuanto es injusto, en tanto es no-derecho.

c) Similares observaciones pueden hacerse respecto del oficio de jurista. Las artes o ciencias prácticas, como es el caso del oficio de jurista, se especifican por su objeto o fin. El fin del oficio de jurista es lo justo, pues consiste en decirlo, en discernir lo justo de lo injusto para así declarar el derecho. Y todo ello en relación con la justicia. También aquí cabe hablar de una relación trascendental con la justicia, que se expresa con la ordenación esencial del oficio de jurista a lo justo, en tanto lo justo es su finalidad objetiva y específica. El jurista está esencialmente al servicio de la justicia. Si de hecho no ocurre así, se produce una corrupción del jurista, que altera su oficio. Así el juez injusto corrompe y falsea su función, que ya no es la función de juez, sino su corrupción[93]. Es similar a lo que sucede con el médico que, con ánimo homicida, receta una ponzoña en lugar de un medicamento; aunque él sea médico, no actúa como tal en ese caso, ni el acto de recetar puede ser llamado –en su íntima esencia– un acto médico.

Sin duda la apariencia –la fenomenología– del oficio de jurista y del acto del jurista se mantienen en el acto injusto, pero es sólo la apariencia; en su íntima esencia se corrompen.

7. EL DERECHO COMO DEBIDO. LA OBLIGATORIEDAD. *a*) El vocablo derecho es –dijimos– una palabra propia de juristas. *Ius* nació como término de juristas y expresaba lo suyo de alguien o cosa justa en cuanto entraba en el ámbito de la función del jurista, bien fuese en tela de juicio, bien fuese como caso concreto sobre el que el jurista debía pronunciarse. Esta realidad no ha cambiado sustancialmente.

El derecho es una cosa. Pero la cosa –el fundo, la servidumbre, la herencia...– no interesa al jurista por sí misma, sino en relación con su oficio, que es tanto como decir en relación con la acción justa. Le interesa, pues, como aquello sobre lo que ha de

93. Así se comprenden las palabras de Isidoro de Sevilla: los jueces se llaman así como los que dicen el derecho al pueblo; sentenciar el derecho es juzgar justamente. No es, pues, juez, si en él no hay justicia. "Iudices dicti quasi ius dicentes populo, sive quod iure disceptent. Iure autem disputare est iuste iudicare. Non est autem iudex, si non est in eo iustitia". *Etym.*, IX, 4; cfr. XVIII, 15.

pronunciarse, en cuanto se trata de delimitarla y de determinar qué debe hacer el hombre justo –darla a su titular, cuándo y cómo, etc.– para cumplir con la justicia. Ello significa que la cosa o realidad de que se trate está repartida, atribuida a un titular, y se halla en estado de interferencia actual o posible. Sin duda, pues, la cosa o realidad está en relación de atribución respecto de un sujeto. La cosa es suya del titular. Esta relación de *suidad* o atribución, no sólo existe, sino que es lo primario y fundamental –fundamento y fundante– en el orden de la justicia. Es el punto de partida. Pero, ¿es esto lo que de suyo constituye a la cosa como *derecho*? Así parece a primera vista. La cosa es mi derecho –tu derecho, su derecho– porque me está atribuida. Sin embargo, no es así.

Ya se ha dicho que las nociones y conceptos se construyen desde la perspectiva de la ciencia o arte. Un cuerpo celeste para la metafísica es un ser, para la teodicea es un ente creado, para la astronomía es una estrella (o un planeta, o un asteroide, etc.). ¿Desde qué perspectiva las cosas –corporales o incorporales– son en definitiva derecho? La respuesta es obvia: desde la perspectiva del jurista. Y la perspectiva del jurista –lo hemos repetido ya– es la perspectiva de la acción justa, del hombre justo. Pues bien, desde esa perspectiva la cosa aparece como *debida*, como una deuda. Es lo que *debe* darse. Ciertamente la cosa es debida al titular porque es suya; sin duda el fundamento de la deuda, lo que fundamenta el deber es la titularidad de la cosa, el que sea suya del titular. Porque es suya, le es debida. Todo esto es verdad, pero no lo es menos que, tal como aparece la cosa ante el hombre justo y, por lo tanto, ante el jurista, es en su condición de debida. El derecho es lo que, por estar atribuido, es lo debido.

b) El derecho, se ha dicho antes, es el objeto de la acción justa: lo que el acto justo da. Por lo tanto, lo específico del derecho es su relación con la justicia. Algo es derecho en cuanto aparece en relación con la justicia como objeto: como objeto de la acción justa. Por eso lo más específico del derecho es su condición de debido, que es lo que le constituye como objeto de la justicia. La condición de suya, la titularidad de la cosa no es aquello por lo cual la cosa entra, sin más, en una relación de justicia. Para que se produzca la

relación de justicia es necesario que a la condición de cosa atribuida a un sujeto se añada la *situación de interferencia*, en cuya virtud el que interfiere o puede interferir debe restablecer o respetar la situación de no interferencia. En otras palabras, lo más consustancial de la relación de justicia es el deber o deuda.

c) Lo mismo ocurre si se observa la cosa atribuida desde el punto de vista del titular dentro de una relación de justicia. En una relación de justicia, la cosa aparece ante el titular como aquello que le es debido, aquello que debe dársele (respetar, entregar, devolver, etc.). Aunque el fundamento o relación fundante del derecho sea la titularidad, lo específico de la relación de justicia –y por tanto lo específico y constitutivo del derecho– es la índole de debido, la deuda.

d) Que el derecho sea debido nos señala una de las características que tradicionalmente se han atribuido al derecho: su imperatividad. En realidad, el término imperatividad es más apropiado para las leyes, las cuales dimanan de un poder o *imperium*. No es éste el caso del derecho, respecto del cual es más propio hablar de deuda u *obligatio*. Es, pues, preferible usar el término *obligatoriedad*. El derecho tiene como nota o característica esencial suya ser obligatorio, es decir, constituir una deuda en sentido estricto y propio. Es un *Sollen* o deber-ser.

e) La obligatoriedad del derecho –su carácter vinculante como deuda– nace de la *suidad* de la cosa que es derecho, esto es, de su atribución al titular como suya. Que es suya una cosa significa que es del dominio exclusivo del titular –según los rasgos y límites de cada forma de *suidad*, de atribución y, por ende, de ser suya la cosa respecto del titular–, al cual le ha sido atribuida la cosa con esa nota de exclusividad. Este dominio y atribución radican en la condición de persona que es propia del titular. La persona se caracteriza por ser un ente que domina su propio ser y extiende su dominio a su entorno. Es, pues, capaz de hacer suyas –dominio exclusivo– cosas corporales e incorporales. Este dominio excluye la interferencia por los demás y de ahí se genera la *necesidad*

–*obligatio*– del respeto a la situación de no interferencia o del restablecimiento de esa situación en caso de interferencia. En última instancia, la deuda u obligatoriedad tiene su fundamento en el reparto, que distribuye los bienes, funciones y servicios, estableciendo esferas de dominio y atribución, y el reparto tiene, a su vez, su fundamento en la condición de apropiadora y dominadora de la persona humana.

8. EL TÍTULO *a*) Puesto que la acción justa consiste en dar a cada uno lo suyo, su derecho, resulta obvio que el derecho es la cosa suya del acreedor en cuanto le es debida. Lo suyo y su derecho son lo mismo. Lo cual nos pone de relieve que, si bien el derecho es lo debido, esta índole de debido es algo que se predica de lo suyo. Es lo propio del acreedor lo que se constituye en derecho en cuanto es debido, pues para que algo sea debido es preciso que tenga un titular, que sea suyo, de éste. En otras palabras, el derecho es la cosa suya del acreedor. Sería un error invertir los términos y decir que el derecho es aquello de lo que es titular el deudor en calidad de deuda. El derecho tiene por titular al acreedor, es lo suyo contemplado como lo debido a él. El derecho tiene un titular, que es el acreedor; el deudor es también titular, pero no del derecho, sino del deber correlativo.

Aunque el derecho es tal en cuanto debido, se presenta como algo propio del acreedor o titular. Y ello está causado, hemos dicho, por la relación de *suidad*, por la relación de pertenencia o atribución: el derecho como lo suyo del acreedor. Por eso, lo primero que debe hacer el jurista para decir el derecho es determinar el *titular* o acreedor, lo que conduce a averiguar, en virtud de qué título la cosa pertenece y está atribuida al acreedor o titular.

b) ¿Qué es el *título* del derecho? Por título del derecho entendemos aquello en cuya virtud el derecho pertenece o está atribuido a su titular (o sea, al acreedor en una relación de justicia) y por lo tanto le es debido. Por ejemplo, la compraventa o la donación para la propiedad o el depósito o el préstamo para la devolución de la cosa.

El título dice relación con la cosa que es derecho en su aspecto de *suya* –el derecho como lo suyo–, pues es aquello en virtud de lo cual la cosa que es derecho se constituye como suya del acreedor, según las distintas modalidades de ser suya.

c) Puede ser título todo aquello que es capaz de producir la atribución de las cosas y, por lo tanto, contiene un poder o dominio en acto. En efecto, como ya hemos hecho notar, el reparto o atribución de las cosas es causado por un dominio o poder y, por lo tanto, puede haber tantos tipos de títulos como formas de manifestación del dominio o poder existen en relación con las formas posibles de atribución.

Reducidos a sus líneas generales, los títulos pueden ser: el contrato, la ley, la costumbre, los actos de gobierno y la naturaleza humana.

d) Respecto de la naturaleza humana nos remitimos a cuanto más adelante se dice acerca de los derechos naturales. Sea suficiente ahora decir que la persona humana es un ser que domina su propio ser y es capaz de dominar su entorno. El dominio sobre el propio ser comporta que cuanto constituye su ser sea derecho suyo: son los derechos naturales de la persona humana, cuyo título es la naturaleza del hombre.

e) El contrato es manifestación de la capacidad de dominio de las personas, que con frecuencia se ejerce o actúa a través de él. El contrato puede ser un acto unilateral de traslación o cesión de dominio o de ejercicio de algunas formas de atribución de bienes, funciones, servicios, etc. Y puede ser un acto bilateral de intercambio. En cualquiera de los dos casos, el contrato puede contener la atribución de bienes y ser, en consecuencia, título del derecho. Tal ocurre con el contrato de donación, el de compraventa, el de trabajo, el de arrendamiento de cosas, etc.

f) La ley y los actos de gobierno –genéricamente el poder– distribuyen bienes, asignan funciones y competencias, y cosas

similares. Por lo tanto, actúan como título de derecho. Lo mismo cabe decir de la costumbre que tiene fuerza o vigor de ley.

9. LA MEDIDA. *a*) Para la declaración del derecho, junto a la determinación del título, no menos importante es la determinación de su *medida*. ¿Qué es la medida del derecho? Es la caracterización y delimitación intrínseca y extrínseca del derecho; la delimitación de la cosa: su cantidad, cualidad, naturaleza, etc.; el modo cómo la cosa es del titular: propietario, arrendatario, usuario, etc.; las facultades jurídicas que competen al titular; los presupuestos y requisitos de uso del derecho, etc. Por medida del derecho entendemos, pues, un conjunto de aspectos del derecho, que corresponden al qué, cuánto, cómo, cuándo y dónde debe darse para satisfacer el derecho e igualmente en relación al correcto uso y ejercicio del mismo.

b) La primera tarea que atañe al jurista es identificar y delimitar la cosa que se presenta como derecho. Puede ocurrir que esta tarea no traiga consigo problema especial. Un préstamo de cien unidades monetarias a un interés del seis por ciento anual por el plazo de un año, supone la entrega de ciento seis unidades al cabo del año. Pero no siempre la identificación y delimitación del derecho es fácil. Un testamento que divida una herencia –constituida por bienes diversos y múltiples en número y calidad– en partes señaladas sólo numéricamente (v. gr. la mitad a A, un cuarto a B, y otro cuarto a C), puede traer consigo no pocos problemas de identificación y delimitación. Reducir un contrato, que el juez estima injusto por desproporción de la prestación de una de las partes (*laesio enormis*), a sus justas proporciones, presenta sin duda problemas de delimitación del derecho. Son todas ellas cuestiones que corresponden al qué y al cuánto del derecho, es decir, a su medida.

c) Medida del derecho es también el cómo. Entran aquí dos cosas distintas. Por una parte, cómo es el derecho, esto es, de qué clase o tipo (propiedad, uso, arrendamiento, censo, etc.); por otra parte, la manera de satisfacer el derecho (v. gr., en metálico o en

especie) y la manera de usarlo y ejercerlo. Asimismo se incluye en la medida del derecho el tiempo o plazo en el que debe entregarse la cosa constitutiva de derecho.

d) En suma, la medida del derecho comprende: a) la delimitación del derecho; y b) los requisitos, presupuestos y condiciones tanto para la satisfacción del derecho como para su uso y ejercicio.

De lo dicho se desprende, que la función del jurista se resume en determinar y declarar el título y la medida del derecho. Y es en relación con la medida del derecho que hemos de analizar qué significa que el derecho es lo justo y lo igual.

10. EL DERECHO COMO LO JUSTO. *a*) Según hemos visto, derecho es el término técnico para designar *lo suyo* del titular en una relación de justicia. Y en cuanto es el objeto de la justicia recibe el nombre de *lo justo*. Derecho, lo suyo y lo justo –hemos dicho repetidamente– son tres sinónimos. Cumple ahora ver por qué llamamos al derecho lo justo.

En lengua castellana –como en otras lenguas– justo designa lo exacto y cabal, lo que tiene las mismas medidas, lo que es igual, de modo que para decir que dos cosas se corresponden exactamente se usa el verbo derivado ajustar: se ajustan. Este uso lingüístico proviene de una característica de la relación de justicia: lo que hay que dar en justicia es justamente, cabalmente, exactamente lo debido: ni más ni menos, lo justo.

En una relación de justicia, lo debido es lo atribuido en cuanto no interferible. La cosa, debida en cuanto atribuida, es la medida de la corrección y rectitud de la acción justa, como dijimos. Por lo tanto, lo que constituye el deber jurídico o deuda de justicia es exactamente la cosa que es derecho. Eso es lo que hay que dar, ni más ni menos: lo justo.

b) En otras relaciones similares a las de la justicia, como las de solidaridad o caridad, que también entrañan un dar, la corrección o rectitud de lo dado se mide por otros baremos: la necesidad del receptor potencial, las posibilidades del dador, la situación relacional entre ambos, etc. Por eso, lo que hay que dar no tiene

un criterio exacto, que pueda ser determinante. En cambio, en la relación de justicia ese criterio o baremo es objetivo y está exactamente determinado: hay que dar lo justo, esto es, la cosa debida –bien determinada– en sus exactas y cabales proporciones. Lo dado debe ser igual a lo debido.

Por lo tanto, si se da menos de lo debido se comete injusticia; si se da más, o es un acto de liberalidad, o es un error y, en este caso, el acreedor estará obligado a devolver el exceso.

c) Esta cualidad de justeza que acabamos de ver aplicada a lo principal, que es la determinación del derecho, es igualmente propia de cuanto se contiene en la medida del derecho. Así, por ejemplo, los plazos: si está marcado un tiempo para devolver la cosa –v. gr. préstamo por un año–, ésta no es debida antes de ese plazo y, por lo tanto, no es reclamable o exigible hasta que se cumpla el tiempo.

d) Justicia significa ajustamiento y lo justo indica lo ajustado. Ésta es la idea fundamental sobre la justicia y lo justo, lo que quiere decir que lo es respecto del derecho. Cuando hablamos de la justicia y lo justo no estamos haciendo referencia a ideas más o menos vagas o inconcretas. Ese lenguaje vago puede ser propio del político, pero nunca lo es en labios de un jurista. Lo justo es el cumplimiento cabal de las leyes, el pago exacto de lo adeudado, la pena proporcionada al delito de acuerdo con las leyes penales, el pago del salario convenido, etc. Lo justo es, por su naturaleza, una cosa concreta y determinada. Y si en ocasiones se presenta como oscura o difícil, la cosa es determinable mediante el proceso judicial. Y ello se entiende bien, porque el derecho o lo justo es consecuencial al reparto de las cosas, es lo consiguiente al hecho de que las cosas estén repartidas. Repartidas las cosas, todo se resume en la detectación de lo que, por estar repartido, es por su naturaleza determinable.

Que a veces la determinación de lo justo puede ser controvertida o difícil es bien sabido; en definitiva, el jurista por antonomasia, el juez, tiene por función solventar controversias. Pero el arte jurídico consiste precisamente en saber solucionar –a través de un

procedimiento– las controversias. El arte del jurista es sobre todo el arte de declarar lo justo en los casos difíciles. Lo que no puede decirse es que lo justo sea algo de suyo vaporoso, inconcreto e indeterminado. Por el contrario, lo justo es de suyo bien concreto y determinado: lo marcado por el título y la medida del derecho.

En este sentido, cabe hablar de una desmitificación de la justicia y de lo justo. No se trata de grandes ideales sociales y políticos, no se trata de la meta político-social de una más perfecta e ideal organización de la sociedad. Quizás en esta clave político-social lo que se llama justicia sea algo inconcreto, incierto e idealizado, posiblemente una utopía. Pero todo esto no representa el mundo del foro y del jurista, que trata del cumplimiento de las leyes, del pago de las deudas, del plazo del arrendamiento, de la devolución del depósito y del préstamo, de la entrega de la mercancía convenida, etc. En relación al oficio de jurista, lo justo es algo concreto y determinado o, al menos, determinable: ni más ni menos que lo debido.

11. EL DERECHO COMO LO IGUAL. *a*) *La igualdad en general.* *a'*) El derecho comporta una medida, lo cual quiere decir que la cosa constituida como derecho no es una cosa desmedida, desmesurada o desproporcionada: el derecho es esencialmente armonía, una cosa armónica. En esa armonía radica la rectitud o virtuosidad de la justicia. En tal sentido el derecho no es cualquier cosa, sino una cosa medida y proporcionada. Lo injusto es lo contrario: la disarmonía, la desproporción, la desmesura, o por poco, o por demasiado. El derecho, lo hemos visto ya repetidamente, es lo justo y lo justo es lo ajustado, lo que se ajusta a una medida. Esa medida del derecho se ha llamado tradicionalmente la *igualdad*, de modo que el derecho es *lo igual*.

Aristóteles llamó a lo igual indistintamente mediante dos palabras *ison* y *analogon*, lo igual y lo proporcional; ambos términos significan lo mismo, pues el filósofo griego toma la proporción de las matemáticas, para las cuales la proporción es la igualdad de dos razones, y puede ser aritmética y geométrica, dos tipos de proporción que el Estagirita aplicó a lo justo, según se tratase de lo justo correctivo o de lo justo distributivo. Tomás de

Aquino parece preferir los términos *adaequatio* –adecuación– y *commensuratio* –ajustamiento– que son equivalentes; en todo caso habla constantemente de igualdad. Y de igualdad hablan todos refiriéndose a la justicia. ¿Pero, de qué igualdad se trata? ¿Qué quiere decir que el derecho es lo igual?

b') Que el derecho es lo igual quiere decir dos cosas: primeramente que lo dado por la acción justa debe ser igual a lo debido; y, en segundo lugar, que lo debido es lo adecuado o proporcionado al titular, esto es, al acreedor de una relación de justicia. Lo cual significa que, en definitiva, el derecho es lo proporcionado o adecuado –ajustado– a su titular. La primera igualdad –lo dado debe ser igual a lo debido– tiene su fundamento en la segunda –el derecho, que es lo debido, es lo ajustado y proporcionado al titular o acreedor– de modo que, en última instancia, lo que debe darse en una relación de justicia es lo proporcionado al titular del derecho o acreedor.

c') Fundamentalmente la igualdad es, pues, la relación de proporción o adecuación entre el derecho y su titular, esto es, entre la cosa y el poseedor del título.

b) *La igualdad fundante*. *a'*) Esta igualdad –proporción o adecuación de la medida de la cosa a su titular– no es una relación primaria, sino secundaria o derivada, porque se funda en una relación de igualdad primera y fundamental. Es ésta una igualdad *fundamental* (está en la raíz de la igualdad propia del derecho) y, a la vez, *fundante*, pues es el fundamento de la igualdad o proporción del derecho.

La relación de justicia o relación jurídica es una relación entre personas –aunque derivadamente lo es también entre personas e instituciones o entre instituciones–, cuyo fundamento es el derecho o cosa justa. La relación jurídica es relación entre personas respecto de unas cosas. Ahora bien, si se trata de una relación entre personas, la relación de justicia o relación jurídica se estructura y toma forma por lo que es la persona y por el modo propio de relacionarse las personas, esto es, por lo que es la

persona en sí y por lo que es la persona en relación con los demás. En definitiva, la relación de justicia es una forma típica y determinada de relaciones entre personas. Concretamente, la relación jurídica es la relación entre personas en función del reparto de bienes, funciones y servicios.

b') ¿De qué modo aparece la persona en la relación de justicia? Ante todo aparece como ser que domina su propio ser y puede dominar su entorno; en otras palabras, aparece como un ser capaz de hacer suya una cosa (corporal o incorporal) y, por lo tanto, como ser que, supuesto alguno de los títulos indicados en su momento, tiene como suyos –atribuidos– bienes, funciones y servicios. No es esto otra cosa que consecuencia del estatuto ontológico de la persona, de su perfección en el ser, lo que es tanto como decir reflejo de su dignidad. La *suidad* o atribución en exclusiva de bienes, funciones y servicios es una manifestación de la dignidad ontológica –intensidad y calidad de participación en el ser– de la persona humana. En el respeto a esa dignidad y, por lo tanto, en el respeto a la atribución y a la *suidad*, se funda la bondad o rectitud –virtuosidad– de la justicia, por lo que la rectitud de ésta se mide por el objetivo respeto a esa relación de *suidad*, que es tanto como decir respeto a la dignidad de la persona en su específico y particular aspecto de dominadora.

c') Ahora bien, esa dignidad ontológica es igual en todos los hombres, pues es un estatuto ontológico que entra en la esencia –y por tanto en la naturaleza– del hombre. Como personas, todos los hombres son iguales, lo que quiere decir que son iguales en la dignidad esencial del ser humano. Hay, pues, una igualdad entre todos los hombres como dominadores de su ser y como capaces de dominar su entorno. En otras palabras, todos los hombres son iguales en derecho, es decir, como sujetos de derecho. Ningún hombre es más o prevalece sobre los demás en cuanto sujeto de derecho. Los derechos valen lo mismo, exigen lo mismo, son igualmente debidos en todos los hombres. En consecuencia, cada cosa atribuida es igualmente derecho respecto de cada hombre; así la vida es igualmente derecho en todo hombre; o una cantidad

determinada de dinero es igualmente propiedad en un hombre que en otro. Por lo tanto, en la relación acreedor-deudor ninguno vale más o prevalece sobre el otro de modo que las cosas asuman un valor superior o inferior en función de la persona. Dado que las personas son iguales como sujetos de derecho, la igualdad en el trato objetivo o justicia entre personas se mide por la igualdad o proporción de las cosas que se dan, de modo que el derecho es atendido en su justa medida, cuando lo que se da por la acción justa es lo justo, es decir, lo igual a lo debido.

La igualdad de las personas en cuanto sujetos de derecho es la igualdad fundante de la igualdad de las cosas, en cuanto funda la igual proporción o adecuación de cada cosa particular a su titular.

Veamos cómo la igualdad se cumple en lo justo legal, lo justo correctivo-conmutativo y en lo justo distributivo.

c) *La igualdad en lo justo legal. a'*) Cuando se habla de igualdad como característica del derecho, los autores hacen referencia a lo justo conmutativo-correctivo y a lo justo distributivo, no a lo justo legal. Esta omisión parece deberse a la exclusión de la justicia legal del ámbito del derecho –que se ceñiría a la justicia particular–, como hemos visto. Sin embargo, también la justicia legal –según se dijo– pertenece a la esfera del derecho y de la justicia, por lo que la igualdad tiene aplicación en ella.

¿Dónde reside la igualdad en la justicia legal? Puesto que se trata de la proporción o adecuación de lo dado a lo debido, en este caso se trata de la igualdad entre lo cumplido y lo debido; en otras palabras, se trata del cumplimiento fiel de las leyes o adecuación de las conductas a las normas.

b') Parece, sin embargo, que falta aquí un elemento decisivo: ¿cuál es el derecho que se satisface o se cumple? Si la ley, que es lo que se cumple, no es derecho en sentido propio y estricto, no parece que la justicia legal consista en dar a cada uno su derecho y, por consiguiente, ni es justicia en sentido propio, pues no realiza la noción de justicia, ni hay satisfacción de un derecho. Esta apariencia no corresponde a la realidad.

Efectivamente, el cumplimiento de las normas se desarrolla en el seno de la relación sociedad-miembro, concretamente en lo que atañe a la relación del miembro respecto de la sociedad. Esta relación, en cuanto es jurídica, comprende la relación deber-derecho del miembro hacia la sociedad. ¿Cuál es el deber fundamental del miembro de la sociedad respecto de ésta y el derecho básico de ella respecto de aquél? Como sea que la sociedad es la unión de los hombres para la obtención de un fin común (que recibe el nombre de bien común), el deber básico y fundamental del socio o miembro es el de contribuir a la consecución del fin común, lo que representa el derecho básico y fundamental de la sociedad respecto del miembro. ¿Cómo se determina el deber de justicia del miembro y el respectivo derecho de la sociedad? Aquí entra en juego la ley, como ordenación de las conductas de los miembros de la sociedad hacia el bien común; es la ley la que marca –la regla o medida de– los deberes de justicia del miembro respecto de la sociedad y, en consecuencia, la medida del derecho de ésta. La justicia legal es la satisfacción de un derecho: el derecho de la sociedad en relación a sus miembros. Por eso, la justicia legal realiza la noción de justicia y es verdadera justicia. Y por eso también entra dentro de la función del jurista el estudio del ordenamiento legal o normativo de la sociedad, en cuanto regla o medida de los deberes de los miembros (de los deberes de los ciudadanos en el ámbito de la comunidad política).

c') La justicia legal plantea un problema: ¿son iguales la sociedad y la persona en cuanto titulares de un derecho? ¿No es la sociedad –particularmente la comunidad política, que es de la que se habla por antonomasia cuando se alude a la justicia legal– superior al miembro, a la persona y por eso no se trata de una relación de iguales? Si resultase que sociedad y persona fuesen desiguales –por la superioridad de la sociedad– no se daría una relación jurídica propiamente dicha, de modo que el cumplimiento de la ley no satisfacería suficientemente el derecho de la sociedad y, además, el miembro no tendría verdaderos derechos respecto de la sociedad. En tal caso, la sociedad podría exigirlo todo del ciudadano, que no podría colmar la medida de la justicia. Entonces

la justicia legal no alcanzaría a ser justicia, la cual requiere la satisfacción plena del derecho y, por lo tanto, la igualdad de los sujetos relacionados.

Hablar de justicia legal, que es hablar de justicia, supone admitir la igualdad entre la persona y la sociedad, pues sólo la igualdad entre los sujetos relacionados jurídicamente funda la igualdad entre derecho y prestación. Pues bien, la sociedad no es una realidad entitativamente superior a la persona; es unión de personas en relación a unos fines comunes, por lo cual la sociedad no tiene el sentido de realidad absoluta o última, sino de entidad relativa –en orden a unos fines– y en cierto sentido medial, como medio o instrumento del hombre para alcanzar conjunta y solidariamente los fines a los que se ordena la sociedad. Conjunto de personas, la sociedad no puede constituirse en entidad ontológicamente superior a sus elementos constituyentes que son las personas. Vale como ellas, pero no más. Su subjetividad jurídica es proyección de la subjetividad jurídica de las personas componentes. Así, pues, como sujeto de derecho la sociedad es igual a la persona, por lo cual caben relaciones jurídicas entre el miembro y la sociedad. La justicia legal es justicia entre sujetos de derecho iguales en cuanto atañe a la subjetividad jurídica; por eso es verdadera justicia.

d) *La igualdad en lo justo correctivo-conmutativo*. *a'*) Lo justo correctivo-conmutativo tiene su puesto en las relaciones entre particulares y abarca tres clases de acciones: 1ª) los intercambios de cosas, cuyos casos más típicos son la compraventa y el trueque, pero que abarcan todos aquellos casos en los que ambos sujetos de la relación dan y reciben algo a cambio; 2ª) la entrega de una cosa con obligación de devolverla, como ocurre, por ejemplo, en el depósito o en el préstamo, o sin tal obligación como es el caso de la donación; y 3ª) el respeto al derecho del otro, como por ejemplo el respeto a la propiedad ajena; su contrario es el daño, el cual genera la restitución.

b') Recibe el nombre de justo correctivo, porque corrige la desproporción o desmesura –en más o en menos– entre lo que se

debe y lo que se da. Y se llama también justo conmutativo, porque se refiere principalmente al primer tipo de acciones o intercambios.

¿De qué igualdad se trata? En este caso, la igualdad de las partes en cuanto sujetos de derecho se manifiesta en la igualdad de las cosas, lo que impide el enriquecimiento de uno a costa del otro. Esta igualdad puede ser de dos tipos: 1º. la igualdad de identidad, lo que supone que hay casos en los que lo que se da –lo que se devuelve o restituye– es cabalmente la misma cosa que se ha recibido o tomado: lo debido es la cosa idénticamente la misma que ha pasado, legítima o ilegítimamente, al poder del deudor, v. gr. el coche prestado o robado; 2º. la equivalencia o igualdad de valor o cualidad, cuando se trata de aquellos casos en los que se devuelven o se intercambian cosas diferentes, como, por ejemplo, la compraventa en la que se intercambian cosas por dinero.

Como puede verse, la igualdad como sujetos de derecho que es propia de los sujetos de la relación de justicia, lleva en el caso analizado –lo justo conmutativo– a la igualdad entre las cosas, la cual es medida de lo justo. La igualdad o equivalencia impide lo poco o lo mucho –la desmesura– en el intercambio o devolución, que llevaría consigo una desproporción entre los sujetos: ni depauperación ni enriquecimiento del uno a costa del otro.

c') Veamos, como ejemplo, los intercambios. Los intercambios que se rigen por la justicia son aquéllos en los que las cosas intercambiadas se constituyen en derecho recíproco de cada una de las partes en virtud de la mutua entrega de las cosas. Así en una compraventa, la entrega del precio constituye al comprador en titular de la cosa comprada, al mismo tiempo que el dinero del precio se hace derecho del vendedor por la entrega de la cosa. Cada cosa se hace derecho de los intercambiantes en sustitución de la otra. Esto es, cada cosa sustituye a la otra como parte del conjunto de bienes propios de los sujetos. Y esa sustitución es precisamente lo que genera la titularidad del derecho. Porque lo vendido era propiedad del vendedor, el precio recibido se hace suyo; y lo inverso ocurre con el comprador. Por lo tanto, las cosas que se intercambian deben ser iguales, o más precisamente –pues lo normal es que se trate de cosas de naturaleza diversa–, deben ser

equivalentes, es decir de igual valor; ambas cosas deben ajustarse en aquello que cuenta en los intercambios, que es el valor de las cosas. Se trata de que el intercambio no altere el conjunto de bienes que pertenecen a cada parte, esto es, que no altere el *status* del reparto de las cosas. Ésta es la armonía propia de la justicia, que consiste –en el caso tratado– en una igualdad, que es equivalencia. De esta suerte, si las cosas intercambiadas no fuesen iguales, se produciría una injusticia, que, como tal, debería ser reparada. Como en los intercambios cada cosa se hace derecho recíproco de cada una de las partes, la igualdad en la subjetividad jurídica, la igualdad en derecho, se plasma en la proporción aritmética de las cosas, en la equivalencia entre ellas, pues como el derecho es la cosa justa, la igualdad en derecho reclama la igualdad de las cosas (A igual a A o A igual a B).

d') La desmesura en lo justo correctivo o conmutativo está en el enriquecimiento –o depauperación– de una de las partes a costa del otro. Esto plantea el problema de aquellos casos en los que lo debido es –aparentemente– más de lo dado; el ejemplo típico es el del préstamo con interés, pero también lo es la venta con un margen de beneficio, el aumento de precio en las ventas a plazo y casos similares. Para que se trate de cosas justas es necesario que propiamente no haya un enriquecimiento a costa del otro –la simple desmesura o enriquecimiento sin causa–, sino que el aparente plus de valor esté contenido en la cosa dada: así en el caso del préstamo de dinero, éste debe tener el carácter de capital para que produzca réditos, el beneficio comercial debe ser proporcional a la utilidad causada y al servicio prestado, etc. Tampoco hay enriquecimiento desproporcionado, cuando se tienen en cuenta el riesgo que se corre, el lucro cesante o el daño emergente, con tal de que haya una verdadera equivalencia.

e') Lo justo conmutativo comporta la diferenciación entre bienes productivos y bienes improductivos. En el caso de estos últimos la proporción o igualdad aritmética implica la mera equivalencia de las cosas. En cambio, cuando se trata de bienes productivos, cabe una participación en el producto por parte de

quien entrega el bien productivo; pero sólo una participación, ya que la entrega de un bien productivo en su calidad de productivo, supone que lo entregado sea el bien más el producto, al menos en parte.

Lo que se ha dicho sobre el enriquecimiento debe decirse, a la inversa, de la depauperación.

f) Por tratarse de una igualdad o equivalencia entre cosas, esa igualdad se mide por baremos hasta cierto punto objetivos, pero no debe pensarse que es posible establecer matemáticamente el valor de las cosas entre sí. La fórmula matemática no existe. Hay, en cambio, ciertas igualdades naturales, mientras otras lo son convencionales dentro de ciertos límites objetivos. La igualdad de identidad, por ejemplo, no plantea ningún problema: la objetividad está determinada naturalmente por la identidad. De modo similar ocurre cuando se trata de devolver una cosa homogénea a la cosa entregada; también en este caso la medida se determina naturalmente: si se ha prestado un kilo de sal, por ejemplo, lo equivalente consiste en devolver un kilo de sal de igual calidad.

El problema fundamental reside en el intercambio de cosas heterogéneas, especialmente el trueque de bienes por dinero. ¿Cómo se fija la equivalencia? Al no haber criterios naturales, los criterios son necesariamente convencionales: la estimación subjetiva y el acuerdo son los que ajustan las cosas y en ello consiste la medida positiva del derecho. Sin embargo, también en este caso se da una cierta objetividad por uno o varios criterios. Por un lado, aunque los precios son de suyo convencionales –en su base está siempre una estimación subjetiva–, al generalizarse en una sociedad, se produce el precio medio de mercado que marca un criterio objetivo; la justicia de un precio se mide por la estimación objetiva media representada por el precio medio de mercado. Pero no es ése el único criterio objetivo, de modo que este criterio puede llegar a ser desproporcionado (v. gr. encarecimientos artificiales por manipulación del mercado) y por ello injusto. Por parte del productor de la cosa, un baremo objetivo de precio está determinado por el coste, de modo que ese precio debe cubrir el coste más el oportuno beneficio proporcionado. Por parte

del usuario de la cosa, una objetividad en la estimación de ella está determinada por el tipo de necesidad que cubre; cuanto más básica y perentoria sea esa necesidad, más debe estar esa cosa al alcance de los potenciales usuarios.

Tratándose como se trata de criterios que se fundan, en último término, en la estimación subjetiva y en la convención, los criterios objetivos señalados son siempre relativos y sujetos a las circunstancias históricas.

g') Cuando la equivalencia en los intercambios es inobservada y se producen disarmonías o desproporciones aparece la injusticia, la cual reclama la acción de los agentes sociales, a quienes corresponde tomar las medidas oportunas para restablecer el equilibrio justo.

e) La igualdad en lo justo distributivo. a') Lo justo distributivo aparece en relación a un hecho típico de la vida social y comunitaria: la distribución o reparto de bienes, funciones y servicios. Lo característico de la distribución o reparto es el *paso de lo común a lo particular*. Por ejemplo, cómo distribuir o dividir una masa común de bienes entre quienes forman una sociedad o comunidad, o cómo repartir el activo de un comerciante en quiebra entre sus acreedores. A veces lo que se distribuye o reparte no son bienes, sino cargas o deudas; así, cómo distribuir equitativamente el gasto público entre los ciudadanos mediante los impuestos, o cómo repartir entre los socios las deudas de una sociedad o comunidad. Para lo que a nosotros interesa, nos referiremos a continuación al reparto de bienes, porque la distribución de funciones o servicios y cargas se hace con los mismos o similares criterios.

Se trata, hemos dicho, de dividir lo común, que es uno, entre los particulares, que son varios. Y se trata de dividir con justicia. ¿Por qué con justicia? Como sea que la justicia presupone al derecho, le sigue, el supuesto que estamos analizando es el de que los particulares tiene derecho sobre una parte alícuota de la masa común, que hay que determinar. La consecuencia es que, como los destinatarios de la distribución son iguales en cuanto sujetos de

derecho, tienen igual derecho, cada uno, a la parte que le corresponda; por lo tanto, tienen derecho al trato igual. Por trato igual entendemos que a cada destinatario hay que darle igual y justamente la parte que le corresponde. Ahora bien, dos son los supuestos que pueden presentarse: 1º). Todos los destinatarios de la distribución tienen derecho a *igual parte* de la masa común; podemos pensar, por ejemplo, en el reparto de réditos del capital en una sociedad mercantil formada por tres socios, que han aportado cada uno un tercio del capital. En este caso la solución es por demás sencilla: cada uno de los socios tiene derecho a un tercio del total de los réditos del capital. Pero casos como éstos se dan relativamente pocos. 2º). El caso más frecuente es el de los destinatarios, cuyo derecho, siendo igual en cuanto a la fuerza de derecho, no tiene la misma medida, no es igual la parte alícuota que les corresponde; con ello lo que queremos decir es que la cosa que deben recibir –que es su derecho, pues hemos dicho que el derecho es la cosa justa– es de distintas dimensiones; por eso el derecho de cada uno no tiene la misma medida. Supongamos, por ejemplo, el caso de una sociedad mercantil formada por tres socios, uno de los cuales ha aportado la mitad del capital, habiendo aportado los otros dos un cuarto cada uno. En este caso, si bien todos tienen igual derecho a participar de los réditos del capital, es obvio que lo justo es que quien ha puesto más capital reciba una parte mayor de los réditos. La justicia, en este caso, está en la medida diferente.

Pero obsérvese que si es verdadera justicia, como lo es, tiene que tratarse de una igualdad. Lo cual significa la igual satisfacción del derecho de cada uno. Luego la diferencia está en la medida del derecho. A cada uno se satisface su derecho según su propia medida. Y en ese trato igual reside la justicia, esto es, la igualdad.

b') Como el derecho tiene medida distinta, lo que quiere decir que la medida de la cosa es diferente, la igualdad entre cada uno de los destinatarios del reparto no es la igualdad aritmética –o proporción aritmética–, como en el caso de lo justo correctivo, sino una verdadera igualdad o proporción de índole distinta: la igualdad o proporción geométrica. Como dice Aristóteles, si en lo

justo correctivo se tiene en cuenta la proporción aritmética, A igual a B, en lo justo distributivo la proporción es la geométrica, cuya fórmula es: A es a B, lo que C es a D. Pongamos un ejemplo. Los bienes propios de la comunidad familiar tienen por finalidad subvenir a las necesidades de los miembros de la familia y, en tal sentido, los padres tienen igual deber de alimentar a los hijos, distribuyendo equitativamente –con justicia, con igualdad– los alimentos a cada uno de los hijos, los cuales tienen igual derecho a ser alimentados por los padres. Pero no todos los hijos necesitan el mismo alimento. Si unos padres tienen un hijo de quince años y otro de seis meses, es obvio que la igualdad de trato no es dar a ambos exactamente los mismos alimentos y la misma cantidad. Lo proporcionado –ajustado– al hijo de seis meses es una papilla, mientras que al hijo de quince años le resulta proporcionada una alimentación de adulto. Ahora bien, siendo diferentes la naturaleza y la cantidad de los alimentos, la igualdad reside en la proporción geométrica: la papilla es al niño de seis meses, lo que la alimentación de adulto es al hijo de quince años. Si esa proporción se guarda, ambos hijos son tratados con igualdad. Esta es la igualdad propia de las distribuciones.

Según lo que acabamos de ver, parece que la fórmula de la justicia distributiva es: tratar igual a los iguales y tratar desigual a los desiguales. Esto tiene un modo verdadero de entenderse, pero también puede entenderse mal. Su genuino sentido es: tratar igual a todos, esto es, dar trato igual a iguales y desiguales, sólo que el trato igual a los desiguales quiere decir tratarlos igualmente según la proporción geométrica, que es la igualdad que les corresponde. Supongamos el caso antes expuesto de la sociedad mercantil con tres socios, uno de los cuales ha aportado la mitad del capital y los otros dos han aportado un cuarto del capital cada uno. Obsérvese que si los réditos del capital se dividen en tres partes iguales y cada una de esas partes se entrega a cada uno de los socios, el trato –que es lo decisivo– no es igual, pues quienes aportan un cuarto de capital quedan favorecidos sin causa (enriquecimiento injusto), a costa de quien puso la mitad. La verdadera igualdad de trato está en repartir los réditos del capital en proporción a la parte del capital aportada. Si los réditos del capital son, por ejemplo, cien, la

igualdad proporcional consiste en dar cincuenta a quien puso la mitad del capital y veinticinco a quienes pusieron los otros dos cuartos. Entonces se da la proporción geométrica: cincuenta de rédito es a la mitad del capital, lo que veinticinco de rédito es a un cuarto de capital.

c') ¿En relación a qué criterio se mide la proporcionalidad? Porque es evidente que la proporcionalidad no se basa siempre en un criterio idéntico. En el ejemplo citado, sobre el reparto de los réditos del capital, la proporcionalidad se mide por criterios matemáticos, pero tales criterios son inaplicables al caso de la distribución de alimentos entre los hijos de una familia, según el otro ejemplo puesto. No es, en efecto, ninguna fórmula matemática el criterio de la justicia en toda distribución, aunque no falten casos –como el indicado– en los que la proporcionalidad se resuelve por una fórmula matemática.

Si el derecho es lo proporcionado a su titular, ¿qué es lo proporcionado a los destinatarios de una distribución o reparto? La distribución es una acción humana y el criterio de especificación, de perfección y rectitud de un acto humano –de toda actividad del hombre– es su finalidad. Toda distribución se hace, pues, en razón de unos fines, lo que comporta que el derecho de cada destinatario se mida por su relación con el fin de la distribución, pues si la distribución se hace por una finalidad, es claro que el destinatario tiene derecho a la parte alícuota de los bienes a repartir (en el caso de las cargas, el deber) por su derecho a (por su deber de) participar en la finalidad del reparto. Por lo tanto, el criterio de proporcionalidad en las distribuciones se determina por la relación de los destinatarios con la finalidad de la distribución. Lo proporcionado o adecuado a cada titular en las distribuciones es aquella parte de los bienes a repartir que corresponde a su posición y relación respecto de la finalidad del reparto, habida cuenta del igual derecho de los restantes destinatarios.

d') Varios son los factores que intervienen en hacer distinta y diferente la relación del destinatario del reparto con la finalidad de la distribución, factores que son, por lo tanto, otros tantos criterios

de determinación de la proporcionalidad. Estos criterios no son absolutos, aplicables a todos lo casos; son aplicables según su relevancia en razón de la finalidad de la distribución, de modo que, válidos en unos casos, no lo son en otros. Estos factores son: la condición, la función, la capacidad, la aportación a la sociedad y la necesidad.

1º. La condición. Entendemos por condición el modo estable de pertenecer a una sociedad o comunidad y de estar en ella, particularmente la comunidad política o sociedad civil. Se traduce en el estatuto fundamental de miembro o ciudadano. Hay, sin duda, sociedades o comunidades *iguales* –democráticas cuando se trata de la *pólis*–, en cuyo caso todos los miembros tienen el mismo estatuto fundamental e igual en relación con el fin de la sociedad; en tal supuesto, cuando se trata de distribuciones cuyo criterio es la condición de miembros, la parte correspondiente a cada miembro es igual.

Pero hay también sociedades o comunidades con clases o tipos diversos de miembros –sociedades *desiguales*– en las cuales cada clase o tipo tiene una participación distinta en el fin de la sociedad o comunidad, siendo esta diversidad de participación lo característico de ellas. En tales casos, el estatuto fundamental es vario. Cuando esto ocurre, las distribuciones en función de la finalidad de la sociedad comportan una diferencia en la parte alícuota de participación en la distribución, que se mide por la proporción respecto de la condición de miembro. Así en una empresa en la que unos socios se limitan a aportar capital y otros contribuyen con capital y trabajo, a los primeros corresponderán sólo los réditos del capital, mientras que los segundos han de recibir los réditos más la remuneración del trabajo.

2º. La función. La diferenciación de funciones, de roles o papeles sociales, lleva consigo la diferenciación de participación en la distribución de bienes, cuando el reparto se realiza en función de esa distinción de funciones o papeles sociales. Por ejemplo, cuando el montante de la remuneración del servicio prestado se fija

en función de las responsabilidades que se asumen según el cargo u oficio.

3º. La capacidad. A cada uno y de cada uno según su capacidad es también un criterio de delimitación de lo justo distributivo. Es evidente que la capacidad señala límites, tanto a la recepción de bienes, como a la contribución al fin común mediante servicios o cargas, pues a diferente capacidad hay diversa posibilidad de participación en el fin del reparto. La capacidad es criterio aplicable al reparto de bienes, pues hay bienes que deben repartirse según la distinta capacidad: así ocurre, por ejemplo, con los bienes que producen la enseñanza y la educación; éstas deben ser puestas al alcance de todos, mas a cada uno según su capacidad, pues nadie es hábil para recibirlos más allá de su capacidad y no dar a los más capaces lo que pueden alcanzar en aras a un equivocado igualitarismo sería injusticia. La capacidad es el criterio más propio de la distribución de funciones y asimismo lo es del reparto de cargas. Las funciones deben repartirse con criterios de capacidad, pues el desempeño de una función supone el arte o ciencia –la capacidad– y el fin del reparto de funciones tiene por fin la máxima funcionalidad de una organización. En cuanto a las cargas, éstas están en relación con el deber de participar en el fin de la sociedad, deber que es proporcionado a la propia capacidad.

4º. La aportación a la sociedad. Cuando el criterio de la proporcionalidad en la distribución es el reparto de los bienes que la sociedad produce para sus miembros, la mayor aportación a la sociedad genera una mayor medida en la recepción de esos bienes. Así los réditos del capital deben repartirse en proporción al capital aportado y los réditos del trabajo deben distribuirse en proporción a la cantidad y calidad del trabajo realizado. Hay dos casos en los que este criterio no es aplicable. En primer lugar, no lo es cuando la mayor aportación se hace como medio para la redistribución de bienes, pues representa la corrección de un plus de bienes recibidos por aplicación de anteriores criterios defectuosos de distribución. En segundo lugar, tampoco es aplicable cuando la mayor aportación se debe a la aplicación del criterio de la

capacidad, ya que entonces la aportación a la sociedad, aunque es absolutamente mayor, no lo es proporcionalmente, que es lo igual en la distribución de cargas; por ejemplo, el contribuyente que paga más impuestos que otros con menor capacidad contributiva, contribuye proporcionalmente igual que éstos y por lo tanto tiene igual derecho que éstos a los servicios de la sociedad, no más.

5º. La necesidad. Hay ocasiones en las que la distribución de bienes se ordena a remediar necesidades. Por ejemplo, el reparto de bienes de alimentación o vestido, el salario, etc. En tales casos, un principio de justicia distributiva es "a cada uno según su necesidad". Ya que, como hemos dicho, el criterio de lo justo distributivo es la relación entre los destinatarios de la distribución y la finalidad de ésta, si el reparto se ordena a remediar necesidades, el grado de éstas marca la proporción justa.

12. EXTERNIDAD. *a*) La acción justa es propia de las relaciones interhumanas, se mueve en el ámbito de las relaciones sociales o intersubjetivas. Ya lo decíamos, la justicia y la acción justa son realidades sociales, propias del ámbito social del hombre. Esta característica se manifiesta en una nota de las cosas que son derecho: esta nota es la externidad. Con ello se quiere decir que pueden ser derecho las cosas externas y sólo ellas.

Exterioridad o externidad se opone a interioridad; esta interioridad es la humana: lo que sucede y opera en el interior del hombre no puede ser derecho ni intervenir en las relaciones de justicia.

b) Pero, ¿qué significa cosas externas? A primera vista se puede decir sin dificultad que cosa externa es aquella que cae bajo el ámbito del conocimiento de los sentidos. En este orden de ideas, cosa externa equivale a cosa material. Y es verdad que este tipo de cosas puede constituirse en derecho: un objeto de arte, un animal, un campo, dinero, etc. Muchos derechos consisten en cosas de este tipo. Son las cosas corporales.

Sin embargo, ya hemos dicho que también hay cosas incorporales, que pueden ser derecho: un cargo o función es ejemplo válido. ¿En qué sentido una cosa incorporal es cosa

externa? Lo es en el sentido de tener una proyección exterior a la persona –ser exteriorizable en sus medios o en sus efectos–, en cuya virtud entra en el ámbito social de comunicación e interrelación de las personas. Por lo tanto, aunque la nota de externa siempre lleva consigo una dimensión de cierta materialidad, propiamente significa que la cosa tiene una proyección social, esto es, que es capaz de entrar en el ámbito de comunicación e interrelación de los hombres, sea en sí misma, sea en alguna dimensión suya.

Ya se ha visto que algo constituye derecho cuando es debido, lo que supone una interferencia o su posibilidad. Por lo tanto, la cosa que es derecho debe ser interferible por un sujeto distinto del titular. Pero para que esto ocurra es preciso que la cosa entre en el ámbito de comunicación y relación de las personas, pues de lo contrario no sería interferible. Por lo tanto, eso es precisamente lo que significa la índole de cosa externa, la externidad: dimensión de comunicación y relación humana sociales.

c) Lo íntimo del hombre o *incomunicable*, aquello que no entra en las relaciones sociales, no constituye derecho. Lo cual no quiere decir que no esté atribuido al sujeto, que no le pertenezca como suyo. Las cosas internas están atribuidas al sujeto y suyas son. Mas ya hemos dicho que esta relación de *suidad* –algo es suyo de un sujeto– no es, en última instancia, lo constitutivo del derecho. El derecho nace en una relación de justicia como algo debido a su titular. El derecho nace y se desarrolla en una relación social, como algo que hay que dar y, por lo tanto, como algo comunicable.

Propio de la persona es disponer de un ámbito de incomunicabilidad e incomunicación. No es toda ella dimensión social. Por el contrario, la reducción de la persona al ámbito social es una típica actitud totalitaria –toda la persona y en todas sus dimensiones sería social–, que se opone a la dignidad de la persona y a lo que ésta tiene como rasgo esencial: su incomunicabilidad. Pero es también propio de la persona –y no como contradictorio de lo anterior, sino como complementario– su capacidad de comunicación. La relación social –la comunicación– es inherente a la persona, naturalmente

ordenada a los demás. La persona es ser-para-sí, pero es también ser-para-los demás.

En los límites de esa doble dimensión de comunicación e incomunicación se da la existencia del derecho. Lo íntimo e incomunicable es un sector ajurídico de la persona; en cambio, lo social y comunicable conoce el fenómeno jurídico. Allí donde se da una realidad comunicable y social, allí cabe la existencia del derecho. Y este es el sentido de la externidad del derecho. Cosa externa quiere decir cosa captable por los demás, comunicable, lo cual supone que esa realidad sale de la esfera de intimidad de la persona, en la que ésta es incomunicable.

d) La externidad del derecho tiene otro sentido, que no se refiere al derecho en sí, sino a la acción justa, a la acción de *dar* (devolver, entregar, etc.). También de ella se dice que debe ser externa. Respecto de esta acción, su externidad tiene dos vertientes. Por un lado, significa que la justicia no se satisface con la intención. La rectitud virtuosa de la justicia no se agota con la recta intención, sino que exige la efectividad de la acción justa, es decir, la efectiva no interferencia o el efectivo restablecimiento de la situación justa, alterada por el intercambio o la injusticia; en otras palabras, la rectitud virtuosa de la justicia exige el efectivo restablecimiento de la situación justa por medio de la acción justa. Por eso, respecto de la justicia, no hay verdadero arrepentimiento, si la actitud interior no conduce a la restitución. En esto se diferencia la justicia de otras virtudes, las cuales consisten fundamentalmente en una rectitud personal, aunque naturalmente se viertan en obras; el criterio de virtuosidad es, en esas otras virtudes, la sola rectitud interior, que mide y regula la acción. En cambio, la rectitud de la justicia tiene como criterio la *situación justa*, porque es una virtud en orden a la armonía social u orden justo objetivo. No es la sola rectitud interior, sino que es la armonía social la medida o criterio de la acción. Ciertamente, la intención del sujeto debe ser recta, pero su rectitud en relación con la justicia se mide por la efectiva consecución de la armonía social. En otras palabras, se es justo cuando efectivamente se da a cada uno lo suyo, esto es, cuando se realiza la acción justa.

e) Por otra parte, se dice que la acción justa es una acción externa, en el sentido de que se cumple dicha acción justa, en tanto que justa, si se da efectivamente el derecho a su titular, cualquiera que sea el ánimo con que se da. A partir de ahí no faltan quienes sostienen una cierta amoralidad del derecho, ya que aunque se cumpliese la acción justa con intención no recta –luego no virtuosa– se satisfacería el derecho[94].

Es cierto que la coexistencia de intenciones no rectas con el cumplimiento de la acción justa –dar a cada uno lo suyo– no altera la acción justa, pero esto no significa que se pueda establecer una fisura entre acción justa y virtud de la justicia. Con la acción justa se cumple la virtud de la justicia, porque la intención de dar a cada uno lo suyo, que es la intención necesaria para la acción justa, es precisamente la intención propia de la virtud de la justicia. Esta virtud recibe su rectitud –lo decíamos– de la efectiva consecución de la armonía social u orden social justo. Por lo tanto, la intención inherente a la acción justa es la misma intención virtuosa. Los casos que suelen ponerse de intenciones no rectas –v. gr. satisfacer el derecho con desagrado, con ira, con odio, etc.– son afecciones del ánimo, concomitantes con la intención recta propia de la acción justa, las cuales, si bien tienen influjo en la moralidad total del sujeto, no afectan a la particular y específica rectitud de la acción justa, la cual es moralmente correcta.

Al decir esto hablamos de la acción justa, del acto de dar a cada cual lo suyo. Es en relación a ese acto cuando coinciden intención justa –y por tanto virtuosa– e intención de realizar ese acto de dar a cada cual lo suyo. Pero los autores suelen referirse –al hablar de este punto– a otra cosa distinta: al ejercicio o uso del derecho, a la reclamación de la cosa por su titular. Aquí las cosas son distintas. El acto de exigir o reclamar el derecho no es un acto de justicia –no es un acto de virtud–, sino un acto de dominio, un acto de poder. Ese ejercicio o uso puede ser moralmente correcto o moralmente incorrecto, sin que esa dimensión interna ejerza influencia en la

94. Vide, por ejemplo, G. GRANERIS, *L'amoralità del diritto di fronte alla dottrina di S. Tommaso*, en "Rivista di filosofia neoscolastica", XXXII (1940), págs. 139 ss.

validez y eficacia de ese acto de poder. Mas esto no es un caso de amoralidad del derecho, sino de relaciones entre moral y poder, que es cuestión distinta.

13. ALTERIDAD O INTERSUBJETIVIDAD. *a*) Nota esencial del derecho es la alteridad, también llamada intersubjetividad. Alteridad viene del latín *alteritas*[95] –de *alter*, otro– y denota la condición de ser en relación con otro. Intersubjetividad proviene del italiano *intersoggettività* y quiere decir relación o vínculo entre dos subjetividades. Con ambas palabras se quiere poner de relieve que el derecho no es una realidad ceñida a un sujeto, sino que requiere esencialmente dos sujetos distintos: el titular del derecho lo tiene frente a otro u otros sujetos, los cuales deben obrar en justicia respecto del titular, Si tenemos en cuenta que el derecho es lo debido, alteridad e intersubjetividad indican un deber ante el derecho del otro.

La palabra más usada y común es alteridad; intersubjetividad es término muy moderno. La sustitución de alteridad por intersubjetividad se debe a la idea de que alteridad no expresaría con exactitud esta nota del derecho. Hay deberes no jurídicos –se dice– que también hacen referencia al otro. Por ejemplo, el deber de caridad es un deber en relación a otro; así puede existir el deber de caridad de dar limosna a quien carece de lo necesario para subsistir. Sin embargo, ese deber, al que también convendría la nota de alteridad, se diferencia sustancialmente del deber jurídico, porque al deber no corresponde una facultad de exigir por parte de su destinatario: el pobre no tiene derecho a la limosna. En cambio, la alteridad que se predica del derecho supone una relación entre dos situaciones jurídicas, que se corresponden la una con la otra. En el deber jurídico, al deber corresponde un derecho: el deudor tiene un deber frente al acreedor que es titular del derecho, el cual genera el deber. Se trata de dos subjetividades relacionadas. De ahí el nombre de intersubjetividad.

95. Es un neologismo muy poco usado –v. gr. no aparece en el *Lexicon* de Bacci–, con precedentes en el antiguo latín cristiano en el que significó la condición de ser otro. Cfr. A. BLAISE, *Dictionnaire latin-français des auteurs chrétiens*, 2ª ed. por H. Chirat (Turnhout 1954), voz *alteritas*.

El argumento no es totalmente convincente, ya que alteridad o *alteritas* significa lo mismo que intersubjetividad con una –a nuestro juicio– ventaja. Mientras alteridad hace referencia a las personas –*alter*, otro–, intersubjetividad es un término nacido en un contexto formalista, que señala las relaciones entre situaciones jurídicas –subjetividades– consideradas al modo formalista. Siendo rechazable el formalismo, resulta preferible hablar de alteridad. Con todo, como sea que intersubjetividad ha obtenido carta de naturaleza, no parece haber inconveniente en usar el término intersubjetividad, una vez despojado de sus orígenes formalistas.

b) El derecho, hemos dicho, aparece como tal en una relación de justicia. La sola atribución de la cosa a un sujeto, abstracción hecha del deber de los demás de no interferencia, no genera el derecho. Así el solitario incomunicado posee cosas y las domina, pero estas relaciones no son jurídicas hasta tanto no entran en escena otro u otros sujetos. Es en la relación de no interferencia donde se origina la relación jurídica y, con ella, el deber; por eso hemos dicho que el constitutivo esencial del derecho es la condición de debida de la cosa, supuesta, claro está, la atribución o reparto.

Como sea que la justicia consiste en dar a cada uno su derecho y el derecho es lo debido, se advierte con nitidez que el derecho propio de un sujeto –el titular– se hace derecho precisamente en cuanto debido por otro, es decir, en cuanto está en relación con el deber de otro. Obsérvese bien, el derecho no es el deber, pero es derecho en cuanto relacionado con el deber. Por lo tanto, la cosa no es derecho en sí misma, sino en cuanto, estando atribuida –siendo de un titular–, se pone en conexión con el deber de no interferencia del deudor. Es decir, el derecho surge en el seno de una relación entre dos personas o sujetos. Esto es lo que quiere decir que el derecho tiene como nota esencial la alteridad o intersubjetividad. Si con alteridad se pone el acento en la relación personal, con intersubjetividad se resalta la conexión de situaciones jurídicas opuestas.

c) La relación de alteridad o intersubjetividad es, filosóficamente, una relación de oposición y complementariedad: uno es titular del derecho, otro es titular del correspondiente deber de justicia (de no interferencia). Es la relación acreedor-deudor, llamando convencionalmente acreedor al titular del derecho y deudor a quien debe dar al titular lo suyo.

La relación de oposición reside en que se trata de situaciones jurídicas de signo contrario: una derecho, otra deber. Pero es también de complementariedad, porque ambas concurren en el origen del derecho: la cosa es derecho por la concurrencia atribución-deuda. Es algo connatural a la justicia, la cual supone la atribución o reparto de las cosas y el deber de respetar esa atribución o reparto.

14. EL DERECHO COMO RELACIÓN. *a*) Un problema filosófico central respecto del derecho es el que se refiere a su naturaleza o quiddidad. ¿Cuál es la entidad del derecho? En otras palabras, ¿en qué consiste la *juridicidad* o condición de derecho y qué queremos decir con que una cosa es jurídica? ¿Cuál es el ser de la juridicidad, o sea, a qué categoría ontológica pertenece?

El derecho, hemos dicho, es la cosa justa. Se trata, pues, de una cosa, corporal o incorporal: un semoviente, un objeto, dinero, un cargo... Pero la cosa en sí no es derecho; en su sustancia no es derecho: es un reloj, un piso, un anillo... No hay ninguna cosa a la que, por nombre de sustancia, le corresponda el nombre de derecho y, en cambio, todas las cosas –con tal de que sean repartibles y distribuibles– pueden ser derecho. Derecho no es nombre de sustancia; por eso, todas las cosas que son derecho tienen su propio nombre de sustancia. Eso ocurre incluso con las leyes, las cuales reciben este nombre para denominarlas por lo que son en sí: directrices u ordenaciones imperativas; además de ese nombre, las leyes se llaman derecho y de ellas se dice que son jurídicas.

b) ¿En qué consiste, pues, la juridicidad? Hemos dicho que el derecho es la cosa justa, la cosa debida, siendo su relación con la justicia y su carácter de deuda lo que –en última instancia–

constituye la cosa en derecho, de modo que derecho es la cosa debida en una relación de justicia. Si lo constitutivo del derecho es la nota de debida por causa del reparto o atribución, la nota esencial y característica del derecho es una relación.

Es obvio que la atribución o reparto genera una relación –la relación de *suidad*– entre la cosa y el titular. Asimismo, la naturaleza de la cosa debida es también una relación de la cosa con el acreedor (la cosa le es debida). Por lo tanto, la naturaleza del derecho es el de una relación. El derecho es una cosa, pero lo que constituye a la cosa como derecho es una relación, la relación de debida, supuesta la relación de atribución. La juridicidad o naturaleza de derecho no es una sustancia, sino una relación. Se trata de una relación entre la cosa y el que podemos llamar genéricamente acreedor, a quien debe darse la cosa en una relación de justicia.

c) Nos encontramos, pues, en presencia de dos relaciones: la relación de *suidad* entre la cosa y su titular y la relación de debida entre la cosa y el titular. En esta última relación consiste formalmente la juridicidad; o dicho de otro modo, por esta relación la cosa es formalmente derecho. No por la primera, porque la atribución o reparto no constituye a la cosa formalmente en derecho. La cosa sólo es derecho en una relación de alteridad, cuando hay dos sujetos, de los cuales uno es titular o acreedor y otro es deudor por interferir o poder interferir. Sin esta alteridad no hay derecho, lo que pone de relieve que la relación de *suidad* –que puede darse sin alteridad: v. gr. Robinson Crusoe– no es la constitutiva del derecho, aunque sea fundante del derecho.

d) A este respecto no debe confundirse la relación constitutiva del derecho con la relación de justicia o relación jurídica. La relación jurídica es una relación entre dos o más sujetos, cuyo fundamento es el derecho o cosa justa; en este caso, los términos de la relación son dos personas y el derecho constituye el fundamento de la relación. En cambio, la relación constitutiva del derecho –la juridicidad– es una relación entre la cosa y la persona,

que son sus términos; su fundamento es la atribución de la cosa a su titular: la condición de suya o suidad.

e) Obsérvese cómo en la constitución de la formalidad del derecho intervienen dos relaciones: la relación de *suidad* y la relación de deuda. Ninguna de ellas puede faltar para que exista el derecho. La relación de *suidad* es el fundamento, mientras que la relación de deuda es el constitutivo formal.

15. EL FUNDAMENTO DEL DERECHO. *a*) Visto el derecho desde el punto de mira de su titular, lo primero que aparece es el título, que es, como hemos dicho, aquello en virtud de lo cual la cosa es atribuida a su titular. En un plano más profundo, al título precede el *fundamento* del derecho. ¿A qué llamamos fundamento del derecho? Por fundamento del derecho entendemos aquello en virtud de lo cual el titular está posibilitado para poseer el título. El fundamento no es, pues, el título, ni la causa del título, sino aquello por lo que el sujeto tiene posibilidad para poseer el título. Por ejemplo, en la monarquía constitucional española, el título en virtud del cual se es Rey es la Constitución; en cambio, el fundamento es la pertenencia a la Casa Real según el grado de consanguinidad y parentesco marcado por la propia Constitución. Otro ejemplo; el título de propiedad puede ser cualquiera de los admitidos por el derecho civil: contrato, prescripción, testamento, etc.; el fundamento es la misma naturaleza humana, pues el derecho de propiedad es un derecho de título positivo y fundamento natural. En otras palabras, quien tiene el fundamento del derecho, no por eso tiene el derecho.

b) El fundamento del derecho no debe confundirse con los requisitos de capacidad; está en la línea de las raíces de la titularidad, como aquello en virtud de lo cual el bien o la carga pueden ser atribuidos al concreto sujeto de que se trate. En otras palabras, el fundamento es el sustento de la subjetividad, la posibilidad del sujeto de ser titular. Así, por ejemplo, el hombre puede ser propietario, en virtud de la estructura ontológica del ser humano, de la que es constitutivo tener dominio.

Hemos dicho que fundamento y capacidad no son lo mismo; en efecto, la capacidad es una consecuencia del fundamento. Sin fundamento no hay capacidad y con fundamento puede haber capacidad. Decimos que "puede" haber capacidad, porque es posible que se tenga el fundamento y no se tenga capacidad; v. gr. la persona humana concebida y no nacida tiene el fundamento para la propiedad, pero puede ser incapaz porque el derecho civil sólo otorgue esa capacidad a los nacidos.

c) El fundamento del derecho puede ser próximo, mediato y último. El fundamento próximo es aquél en el que se basa el título de modo inmediato. Los ejemplos que antes hemos puesto, lo son de un fundamento inmediato. Este fundamento puede ser de índole varia, según los derechos y títulos de que se trate. Baste decir que hay fundamentos positivos (como en el ejemplo del Rey español) y fundamentos naturales (como el caso de la propiedad).

d) Todos los derechos tienen también un fundamento mediato, que en algunos casos se confunde con el fundamento inmediato: la naturaleza humana o, por decirlo de otro modo, la condición personal del hombre. Es decir, lo que de modo más o menos mediato posibilita al hombre para ser titular de un derecho es su condición de persona.

Es obvio que el hombre no podría ser titular de derechos, si esa posibilidad no estuviese fundada en la estructura ontológica de la persona humana. Para que un ser pueda algo, es preciso que eso esté en potencia en su naturaleza o estructura ontológica. Es imposible que el hombre vuele por sí solo y sin ayuda de aparatos, porque volar no es una potencia que esté en su naturaleza; en cambio, como ser dotado de inteligencia, ingenio e inventiva, puede llegar a construir máquinas voladoras. Por lo tanto, que el hombre sea titular de derechos tiene un fundamento natural. Cada derecho encuentra su fundamento mediato en alguna estructura del ser humano. Así, el derecho a contraer matrimonio tiene su fundamento en la distinción sexual y en la complementariedad de los sexos. El derecho al puesto de trabajo para el que se ha sido contratado tiene su fundamento mediato en la estructura laboral del

hombre (*homo faber*). Todo derecho encuentra su fundamento en la naturaleza humana.

Junto a ese fundamento natural propio de cada derecho en particular, hay un fundamento natural general. El hombre es titular de derechos en virtud de su naturaleza. Esto es, el mismo hecho de ser titular de derechos descansa en una estructura de la persona humana. En efecto, la persona, sustancia individual de naturaleza racional según la conocida definición de Boecio, tiene como uno de sus rasgos esenciales poseer naturaleza o índole dominadora. La persona es un ser poseedor en tal grado del ser, que lo domina y es capaz de dominar su entorno. Esa índole dominadora es lo que hace que la persona tenga esferas de apropiación autónomas, y ello funda la atribución de bienes y cargas, aquello en lo que radica, en última instancia, la titularidad de todo derecho. Por lo tanto, el fundamento mediato de todo derecho es la condición de persona propia del ser humano.

e) No es, sin embargo, suficiente, para un tratamiento filosófico del derecho, llegar a ese fundamento mediato del derecho, que es la naturaleza humana. Es preciso llegar a la última causa y al último fundamento del derecho. De ello se hablará en el capítulo que trata de la trascendencia del derecho.

16. OBLIGACIÓN NECESARIA Y COACTIVIDAD. *a*) Como nota o característica –esencial para unos, común o general para otros– del derecho se señala la coactividad, por el fenómeno de coacción que acompaña al fenómeno jurídico[96]. Pienso, sin embargo, que en este punto hay que distinguir entre *necesidad* o *ineludibilidad* de la obligación (o deuda propia del derecho) y coacción. La obligación propia del derecho es una obligación necesaria o ineludible y por ello comporta como consecuencia la existencia de un sistema social para hacer efectivo el derecho, cuya manifestación más sobresaliente es la aplicación de la fuerza o coacción. Pero la

96. A veces en lugar de coacción y coactividad se dice "coerción" y "coercibilidad". Se trata de una confusión de palabras. Coerción no es lo mismo que coacción; es una forma de coacción: la acción de reprimir, contener, refrenar. La coacción abarca más que eso.

necesidad o ineludibilidad es el rasgo esencial del derecho, mientras que la coactividad es una consecuencia –no siempre posible– del predicho carácter necesario de la obligación jurídica.

b) La nota de necesidad e ineludibilidad propia de la obligación jurídica comporta que, en caso de incumplimiento de la obligación inherente al derecho por parte del obligado, la sociedad cuente con un sistema de recursos que tiendan a hacer efectivo el derecho.

Son varias las formas de manifestarse el sistema de efectividad del derecho. Fundamentalmente son éstas: la ejecución forzosa; la imposición de sanciones; la coerción, o represión de conductas contrarias al derecho; las medidas preventivas; la indemnización; y la suspensión de efectos de la relación jurídica o su ruptura. Todas ellas constituyen una consecuencia del carácter necesario e ineludible de la obligación jurídica.

Como puede observarse, en todos los casos dicho sistema supone una compulsión dirigida a hacer efectiva la obligación jurídica y a defender su ineludibilidad, pero no en todos los casos hay fuerza física o coacción.

c) ¿Por qué ese sistema de efectividad del derecho y la consiguiente coacción? Repetidamente se ha puesto de relieve que el fenómeno jurídico y la justicia no se refieren tanto al orden personal cuanto al social; deben su origen a una necesidad social. La sociedad humana requiere para su correcto desarrollo y su permanencia que cada sujeto tenga lo suyo. Esto da lugar a una armonía u orden –*proportio*– social, necesaria para la supervivencia de la sociedad. Recalcamos el término *necesidad*, porque en él reside el fundamento del sistema de efectividad del derecho y de la coactividad. Dar a cada uno lo suyo, respetar el derecho y obrar conforme a él no es una conveniencia, sino una necesidad de orden social. Lo necesario es lo opuesto a libre, es aquello que debe producirse incondicionalmente. La necesidad que comporta el derecho se refleja primariamente en la obligación o deuda en sentido estricto. Es la necesidad traducida en términos de persona, ser dotado de racionalidad y voluntad, que cumple el deber-ser racional y voluntariamente. Cuando el hombre no

cumple su obligación, la necesidad se manifiesta por la reacción de la sociedad que impone el orden o armonía social como algo debido o necesario, sin excluir la fuerza.

La armonía social u orden social justo es de necesidad, porque la sociedad está en el orden de los fines naturales del hombre, esto es, es cauce necesario para el desarrollo y perfección de la persona humana. Ésta, la persona humana, se distingue por su ser exigente, cuyos desarrollo y perfección constituyen un deber-ser. Por lo tanto, la justicia es una exigencia de la persona humana, una necesidad, porque necesidad es el correcto desarrollo de la sociedad.

d) Para evitar confusiones bastante habituales en el tema que estamos tratando –v. gr. confusión entre derecho y coacción– es preciso advertir que el derecho no es el sistema de recursos para garantizar la efectividad del derecho. Una cosa es la nota esencial del derecho –la necesidad o ineludibilidad– y otra los recursos aplicables en función de esa nota. Es evidente que los tribunales y sus sentencias en relación a un derecho no son ese derecho; la ejecución forzosa es consecuencial al derecho, pero no es el derecho; la acción de las fuerzas de seguridad defendiendo un derecho, no son ese derecho, etc. Por lo tanto, una cosa es el derecho y otra cosa distinta es el sistema de recursos sociales para garantizar el derecho.

El derecho es la cosa debida; el sistema de recursos para la efectividad del derecho es un sistema de acciones de los agentes de la sociedad en función del derecho. Confundir el derecho con la acción garantizadora de su efectividad, sería destruir la esencia misma del derecho –la *obligatio*– y sustituir el derecho por las vías de hecho.

Al respecto hay que tener en cuenta la conocida distinción entre *validez* y *eficacia* del derecho. El sistema de garantía de efectividad actúa en el orden de la eficacia. Sin la acción de ese sistema un derecho puede resultar ineficaz, pero sigue siendo válido.

e) El sistema de garantía de efectividad del derecho comporta como consecuencia no siempre posible la coacción, por lo que se afirma que la coactividad es una nota del derecho. Distinguidos

necesidad o ineludibilidad y coacción o fuerza física, debe decirse que la coactividad es una nota común de muchos derechos, pero no es una nota esencial del derecho.

Esto significa que la coacción no entra en la definición de derecho. Sin embargo, no faltan autores que afirman que la coacción es una dimensión esencial del derecho. Esta posición es insostenible. El derecho es la cosa debida, esto es, el bien o la carga que está en relación de atribución con un sujeto y en relación de deuda con otro. En cambio, la coacción es una fuerza externa a la cosa; es la fuerza social que se aplica al efectivo cumplimiento del derecho como debido. Por ser algo externo al derecho no entra en su esencia.

f) Por eso mismo la coacción no es tampoco una nota del derecho; la nota del derecho es la *coactividad*, esto es, la capacidad o posibilidad de generar la coacción, que es lo inherente a la condición de debido propia del derecho.

Con todo –como ya hemos dicho– la coactividad es una nota común a muchos derechos, pero no es una nota esencial del derecho, pues hay una serie de ellos que no son coaccionables en sentido propio; en general no lo son aquellos que consisten en prestaciones personalísimas. Sin embargo, tales derechos no coaccionables son verdaderos derechos, porque son verdaderas deudas de justicia.

17. DERECHO Y DERECHO SUBJETIVO. *a*) No es posible dar una noción completa del derecho sin aludir a la relación que existe entre el derecho y el derecho subjetivo. ¿Son cosas distintas o uno es subsumible en el otro?

Ante todo recordemos sucintamente qué es el derecho subjetivo[97]. Por derecho subjetivo se entiende una facultad moral

97. Entre la abundante bibliografía sobre el derecho subjetivo son clásicas las obras de A. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht* (Weimar 1878, reprod. Aalen 1964); J. DABIN, *El derecho subjetivo*, ed. castellana (Madrid 1955); W. SCHUPPE, *Der Begriff des subjektiven Rechts* (Breslau 1887, reprod. Aalen 1963). También, G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (Tübingen 1905, reprod. Darmstadt 1963). Conocidas son

o poder de la persona en relación a una cosa o, también, aunque con matices distintos, en relación a una persona; v. gr. cada una de las facultades que son inherentes a la propiedad: facultad de usar, de vender, etc., o las libertades fundamentales (facultad de obrar, de hacer, etc.). Siendo múltiples los objetos posibles de la facultad moral en la que se hace consistir el derecho subjetivo, pueden reducirse abstractamente a tres: la facultad de hacer (*facultas agendi*), la facultad de tener (*facultas possidendi*) y la facultad de exigir (*facultas exigendi*). Especialmente la *facultas exigendi* se entiende como facultad inherente a todo derecho, pues como sea que el derecho es algo de obligatorio respeto y supone un deber –debido–, su titular tiene la facultad de exigir.

b) Independientemente de la discusión acerca de hasta qué punto los juristas romanos y los tratadistas medievales anteriores al siglo XIV conocieron la existencia de esas facultades[98], lo cierto es que no se encuentra definido el derecho como facultad, esto es, como derecho subjetivo, hasta Guillermo de Ockham; al menos así se deduce de las investigaciones más recientes[99]. Aun cuando pueda admitirse que la doctrina jurídica anterior advirtió la

las distintas teorías acerca de la naturaleza del derecho subjetivo: interés jurídicamente protegido (Ihering), teoría de la voluntad (Windscheid), etc. Así como las posturas que lo negaron (Kelsen, Duguit).

98. Vide al respecto, M. VILLEY, *Estudios en torno a la noción del derecho subjetivo* (Valparaiso 1976); ID., *La formation de la pensée juridique moderne*, 2ª ed. (Paris 1975), págs. 230 ss.; A. D'ORS, *Aspectos objetivos y subjetivos del 'ius'*, en *Nuevos papeles del oficio universitario* (Madrid 1980), págs. 280 ss.; ID. *Derecho privado romano*, 4ª ed. (Pamplona 1981), pág. 46; O. ROBLEDA, *El derecho subjetivo en Gayo*, en "Studi in onore di Gaetano Scherillo", I (Milano 1972), págs. 7 ss.; ID., *La idea del derecho subjetivo en el ordenamiento romano clásico*, en "Bulletino del Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja", LXXX (1977), págs. 23 ss.; J.-P. SCHOUPPE, *La concepción realista del derecho*, en "Persona y Derecho", XI (1984), págs. 563 ss.

99. Sobre los orígenes del derecho subjetivo vide, M. VILLEY, obs. y locs. cits.; A. FOLGADO, *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo* (El Escorial 1960); B. SOSA, *La noción de derecho en "Los Seis Libros de la Justicia y el Derecho" de Luis de Molina*, cit., págs. 162 ss.; J.-P. SCHOUPPE, *Le réalisme juridique* (Bruxelles 1987).

existencia de las facultades morales o derechos subjetivos[100], el derecho como facultad no aparece antes del teólogo franciscano ni en las definiciones de derecho ni en las enumeraciones de las varias acepciones de la palabra derecho, como se advierte en los textos antes citados.

El punto clave, lo que verdaderamente tiene interés decisivo para el concepto de derecho, es que el derecho subjetivo entró en la doctrina, sustituyendo la noción realista del derecho (el derecho como la cosa justa debida). Y esto fue obra fundamentalmente de Ockham, al que siguieron los autores nominalistas, que dominaron la cultura universitaria en la época posterior al teólogo franciscano. Se trata, pues, de la sustitución de una noción por otra. Por eso, en la medida en la que se extendió la noción de derecho subjetivo, fue amenguando y despareciendo –allí donde prevaleció el derecho subjetivo– la noción objetiva o realista del derecho. ¿Por qué esa aparente incompatibilidad?

c) Guillermo de Ockham se ocupó de la noción de derecho en su obra *Opus nonaginta dierum* –escrita en tres meses, noventa días, de donde le viene el nombre– a propósito de la disputa acerca de la pobreza franciscana, que enfrentó a la facción de los franciscanos "espirituales" con el Papado. Es en este contexto donde Ockham operó la sustitución de un concepto de derecho por otro. Los franciscanos espirituales –y con ellos Ockahm– defendían que, por la pobreza que debían vivir, sólo tenían el uso de hecho de las cosas, sin ningún derecho. La raíz de la cuestión estribaba en la pretensión de los espirituales de poder usar de las cosas de las que tenían necesidad –desde los bienes consumibles como la comida o el vestido, hasta los bienes no consumibles como los inmuebles donde albergarse– sin ninguna clase de derecho. Fácilmente se observa que esta pretensión resulta imposible, si se parte de que el derecho es la cosa justa –noción

100. Para Tomás de Aquino, véase P. HERING, *De jure subjective sumpto apud Sanctum Thomam*, en "Angelicum", X (1939), págs. 295 ss. Los textos aducidos no son, sin embargo, apodícticos -como igualmente ocurre con los de los juristas romanos- y si no todos, al menos la mayoría, admiten una interpretación objetiva.

que está en el trasfondo de la argumentación de los curiales del Papa–, pues, siendo la cosa derecho, todo uso de la cosa que sea jurídicamente correcto, justo –no abusivo o injusto–, es inseparablemente un uso de derecho: el derecho de uso, o sea, el uso como derecho. Si suponemos la consumición de un bien que sea justo (por ejemplo la comida), ello implica la apropiación de la cosa hasta su consunción, esto es, el uso de la cosa como propiedad; luego, al menos en las cosas consumibles, no es posible apropiarse de la cosa sin ejercer a la vez la propiedad como derecho –pues es una apropiación justa–, ya que la cosa misma es derecho en cuanto justa: debida en justicia (y no puede negarse que si a alguien se le da un alimento para que lo coma, en tanto se apropia de él, se le debe en justicia). En suma, desde la concepción realista del derecho resulta imposible admitir un simple uso de hecho, sin ningún derecho, pues el uso es algún derecho por precario y débil que sea.

Para poder defender el mero uso de hecho de las cosas, había que separar la cosa y el derecho, el derecho debía ser algo distinto de la cosa, de modo que, renunciando a todo derecho, restase usar de las cosas sin derecho. Ockham recurrió para ello a definir el derecho como *potestas* o *facultas*: "toda potestad lícita"[101]. Potestad lícita, no justa, de modo que fuese posible un uso lícito, sin ser un uso justo o jurídico (uso de derecho). Pero como sea que, en principio, lo lícito y lo justo coinciden (lo lícito es lo conforme a ley y, por lo tanto, es lo justo legal, lo cual implica un derecho como vimos), había que distinguir entre lo lícito meramente moral y lo justo o jurídico propiamente dicho. Para ello, Ockham distinguió entre el *ius poli* (potestad conforme a la recta razón, facultad concedida por el cielo: *polus*) y el *ius fori* o potestad de vindicar y defender en el foro, o sea, ante el juez humano (*potestas vindicandi et defendendi in humano judicio*)[102]. El *ius poli*, que equivaldría al derecho natural –derecho concedido por el cielo, esto es, Dios–, no sería, según Ockham, propiamente

101. "Omnis licita potestas". *Opus nonaginta dierum*, 6, 4, ed. Treschell (Lyon 1945).

102. Ob. cit., 65, 7.

derecho, sino la licitud de obrar moralmente bien; usar y poseer con *ius poli* sería usar y poseer correctamente según el orden moral[103]. En cambio, el *ius fori* procedería *ex pactione*, por pacto entre los hombres, sería concesión humana (luego sería derecho positivo) y –conclusión obvia– sería el verdadero derecho[104], defendible en juicio. El derecho en sentido propio y estricto es entendido, pues, como una *potestas* o *facultas* y, en particular, como aquella potestad o facultad que incluye la posibilidad de ejercerla en juicio. Según esto, para Ockham los franciscanos tendrían el *usus facti* y el *ius poli*, pero carecerían del *ius fori*.

d) Como puede advertirse, en Ockham se produjo la sustitución de la cosa justa y debida como derecho por el derecho subjetivo en la noción o concepto de derecho. El derecho es el derecho subjetivo. ¿Y la cosa? La cosa pasa a ser el *objeto* del derecho, o realidad sobre la que recae la facultad moral o potestad. Así, por ejemplo, ya no se dice que la propiedad es la casa, sino que la casa es el objeto del derecho (subjetivo) de propiedad. Por eso se habla de derechos *sobre* las cosas: el derecho sobre la casa, en el ejemplo recién puesto.

e) La noción del derecho como facultad o potestad pasó de Ockham a una serie de autores, entre los que cabe citar a Juan Gersón[105], Juan Mayr[106], Conrado Summenhart de Calw[107] y

103. Ob. cit., 65, 5. Cfr. 60, 4.

104. Puede verse que en Ockham, sin usar los términos derecho natural y derecho positivo en este caso (se encuentran en cambio en otras obras), el derecho natural aparece como moral, no propiamente derecho, mientras el derecho positivo es entendido como el único verdadero derecho. Es lo que más adelante dirán expresamente otros autores nominalistas como Hobbes.

105. "Jus est potestas seu facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis". *De vita spirituali*, III; "Jus est potestas seu facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen Primae justitiae". *De potestate ecclesiastica*, VI.

106. "Potestas, potentia licita, jus, dominium extenso vocabulo coincidunt". *In Quartum Sententiarum quaestiones utilissimae* (Paris 1516), dist. 15, q. 10, fol. 76, col. 3.

107. *De contractibus* (Hagenau 1515), q. 1, 4ª concl.

Juan Driedo de Turnhout[108]. Son varios los autores de la Segunda Escolástica que, junto a la noción primaria de derecho como la cosa justa, se hicieron eco del derecho subjetivo (Vitoria, Soto, Molina), pero fue Suárez quien de modo claro y rotundo sustituyó la cosa justa como el derecho por el derecho subjetivo, tal como vimos antes. Menos investigada está la penetración de la concepción del derecho como derecho subjetivo en la ciencia jurídica, pero puede decirse que fue profunda en el siglo XVI y desde el siglo XVII estuvo plenamente asumida hasta nuestros días.

f) Visto lo que antecede cabe preguntarse ahora si el derecho –en sentido propio y primario: la cosa debida y justa– y las facultades de hacer, tener y exigir son incompatibles entre sí, de modo que, pues el derecho es la cosa justa, tengamos que negar la existencia del derecho subjetivo, entendiéndolo como una elucubración viciada en sus orígenes.

Que hay un vicio radical en la teoría ockhamiana del derecho subjetivo y en su posterior aceptación por la doctrina es conclusión con la que concordamos: derecho y cosa no son separables[109]. El

108. "Jus bifariam accipitur. Nunc pro lege veluti cum dicimus legem decalogi esse ius divinum, etc. Nunc pro dominio, veluti cum dicimus aliquem habere jus in possessionem vel in agrum". *De libertate christiana* (Lovaina 1548), lib. I, c. X, pág. 34.

109. Adviértase que la separación entre la cosa y el derecho subjetivo –que es la raíz de la teoría de Ockham–, de modo que sea pensable la cosa sin derecho, lleva consigo que sea pensable el derecho sin la cosa, lo que da lugar al formalismo jurídico: el derecho como pura formalidad. De ahí nace el sistema de derechos y libertades formales, en cuya virtud se entiende que el sujeto tiene verdadero derecho y verdadera libertad, si existe una declaración de derechos y libertades y no se impide su ejercicio, aunque se carezca de los bienes que hacen realmente operativos tales derechos y libertades. Este sistema es impensable en el realismo jurídico, porque el derecho y la libertad se tienen cuando se poseen, tanto los bienes que son derecho, como los supuestos reales de la libertad. La injusticia inherente al formalismo jurídico, históricamente demostrada, muestra la grave distorsión que introdujo en la ciencia jurídica y en la praxis política la pretensión ockhamiana.

La concepción de los derechos y libertades formales ha dado lugar a la tesis opuesta de los derechos y libertades *reales*, que postula dar a las personas cosas

derecho sin cosa es forma vacía, sin sustancia; el sistema jurídico se asienta en el reparto de las cosas, corporales o incorporales, y por consiguiente lo que llamamos derecho es una *cosa justa*, de modo que sin cosa –la pura formalidad– no hay derecho.

Ahora bien, ya hemos dicho que las cosas que constituyen el derecho pueden ser cosas incorporales, como una función y un poder. En este sentido, no es incompatible el derecho o cosa justa con el derecho subjetivo. Pueden existir facultades o poderes de hacer y tener que correspondan a una persona. La facultad o poder es, en tal caso, la cosa justa, el derecho del sujeto. Claro es que, entonces, el derecho subjetivo no es un factor del orden jurídico distinto del derecho; es sencillamente derecho. No cabe, para esos casos, hablar del derecho subjetivo como factor o elemento del orden jurídico; esos factores o elementos siguen siendo dos: la ley y el derecho. En otras palabras, hay derechos que consisten en facultades o poderes, hay derechos que son derechos subjetivos, aunque estos casos son pocos, pues la mayoría de los que se tienen por tales son entendibles, no como facultades, sino como cosas.

Por otra parte, todo derecho, en cuanto es debido, genera en el titular del derecho la posibilidad de exigir la entrega de la cosa o el respeto al derecho. De todo derecho es propia la *facultas exigendi*. Siendo así las cosas, hay derechos subjetivos que son un factor o elemento consecuencial del derecho. Pero no son independientes del derecho, sino una de sus manifestaciones. Por lo tanto, tampoco constituyen un factor o elemento del orden jurídico distinto del derecho.

En suma, hay derechos subjetivos que son cosas justas y los hay que son manifestaciones de la cosa como derecho, manifestaciones del derecho. En cualquier caso, el derecho subjetivo no es

aún a costa de los derechos y las libertades. Tampoco tal tesis es admisible, pues cae en no menor injusticia que el formalismo jurídico, aunque sea de signo contrario. Se trata de dar cosas *justas*, esto es, cosas según derecho y justicia. Los derechos son cosas, pero cosas justas.

un factor jurídico independiente y distinto del orden jurídico: o es derecho o manifestación del derecho[110].

18. LA RELACIÓN JURÍDICA. *a*) El derecho, por su nota de alteridad, supone una relación entre dos o más sujetos: la relación de justicia o relación jurídica. Puesto que la acción justa consiste en dar a cada uno su derecho, supone dos sujetos relacionados, uno como titular del derecho, otro como titular del deber. Es la relación acreedor-deudor. Una relación, que es de oposición y complementariedad, como dijimos. A esta relación se la llama relación jurídica.

b) Aunque, propiamente hablando, la relación jurídica es la relación que existe entre los dos sujetos en posición distinta y complementaria, se suele llamar relación jurídica al todo, esto es, a la parcela de vida social estructurada según la relación. En este sentido totalizante, la relación jurídica comprende: 1º) Los sujetos, esto es, las personas relacionadas en su condición de deudor y acreedor. 2º) El fundamento de la relación, es decir, aquello por lo que los sujetos están relacionadoa y la relación es jurídica, que es la cosa atribuida y debida. 3º) El vínculo jurídico, o unión de los sujetos en relación con la cosa. 4º) El contenido, o conjunto de situaciones jurídicas –titularidades, facultades, deberes, expectativas, etc.– de las que son sujetos las personas relacionadas. Como la relación jurídica es una parcela de la vida social estructurada y organizada en función de las cosas, la relación jurídica está presidida por un principio organizador, que es la finalidad de la relación.

Según lo que acabamos de ver, se puede definir la relación jurídica como aquel sector de la vida social, organizado y estructurado por sus fines, según una relación de justicia.

c) ¿Se identifica el vínculo jurídico con el contenido de la relación? Algunos autores, tanto civilistas como canonistas,

110. Para el papel del derecho subjetivo en el realismo jurídico clásico, vide J.-P. SCHOUPPE, *Le réalisme juridique*, cit., págs. 166 ss.

sostienen que así es; por ejemplo, el vínculo jurídico sería el conjunto de situaciones jurídicas: los derechos subjetivos, los deberes, etc. Sin embargo, no creemos que sea así: el vínculo jurídico no se confunde con el contenido. El vínculo jurídico es la unión o vinculación de los sujetos en función de la cosa según su finalidad. En cambio, el contenido es el conjunto de situaciones jurídicas que surgen de ese vínculo. La distinción entre vínculo y contenido aparece en todos aquellos casos en los que, persistiendo el vínculo, sin embargo, el contenido se suspende o se pierde en parte. Así la relación paterno-filial persiste siempre, aunque se suspenda o se pierda la patria potestad. El vínculo jurídico persiste en su plenitud, aunque se suspenda la eficacia de todo el contenido o se pierdan parte de esas situaciones jurídicas. Muchas veces, cuando se habla de que una situación jurídica es válida pero ineficaz, lo que sucede es que permanece el vínculo con la suspensión o pérdida de la situación jurídica.

d) Para que, por parte de los sujetos, pueda existir una relación jurídica se requiere la igualdad entre ellos y la perfecta alteridad.

Ya hemos visto que el derecho es lo igual; requiere, pues, la igualdad entre lo debido y lo dado. Mas para que esto sea posible es preciso que los sujetos sean iguales, de modo que el sujeto de la acción justa pueda dar al titular del derecho enteramente lo debido. Pero esto no es posible si, por la desigualdad entre los sujetos, el deudor no resulta capaz de dar cabalmente lo debido, que es lo igual a lo recibido. Así ocurre entre padres e hijos, en lo que se refiere a la deuda de los hijos contraída con sus padres en razón de lo recibido de ellos. Al ser los padres engendradores de los hijos y por ello haberles dado el don de la vida, la deuda contraída por los hijos de cuidar y alimentar a sus padres no alcanza a ser igual al bien recibido; lo dado a los padres como pago de la deuda es inferior a lo recibido. Este tipo de relaciones en las que no hay igualdad, no son propiamente de justicia, sino que reciben el nombre de otra virtud: la piedad; son relaciones de piedad, semejantes a las de justicia por haber una deuda en sentido propio y estricto, pero diferentes, por no haber igualdad. Dado que la deuda es propia y estricta como en las relaciones de justicia, las

relaciones de piedad pueden ser protegidas y reguladas por el ordenamiento jurídico, equiparándolas a las relaciones jurídicas.

e) El otro requisito de la relación jurídica por parte de los sujetos es la perfecta alteridad. Como sea que las relaciones jurídicas suponen dar a su titular lo suyo, es preciso que deudor y acreedor sean enteramente otros, de modo que la cosa no sea del deudor y, en cambio, lo sea del acreedor. Si ambos forman una comunidad y, en razón de ello, no son enteramente otros, de manera que la cosa, por estar destinada a la comunidad, es también del deudor, no existe entonces la deuda ni, por lo tanto, el deudor, pues la cosa es también suya y, en consecuencia, éste no tiene el deber de darla. Por consiguiente, mientras no exista perfecta alteridad entre los sujetos –ser enteramente otros–, no puede haber entre ellos verdadera relación jurídica, es decir, relación de justicia. Es lo que ocurre entre marido y mujer respecto de los bienes afectos a la comunidad de vida conyugal, o entre padres e hijos en relación a los bienes destinados a la vida familiar.

19. EL SISTEMA JURÍDICO COMO SISTEMA DE DEBERES. *a*) La actividad jurídica es aquella parte de la actividad humana que consiste en la *obra de la justicia*, dentro de la cual tiene su puesto el oficio de jurista como el *técnico de la justicia*, como el experto en saber qué es lo justo que hay que satisfacer. La actividad jurídica se resume en el cumplimiento y satisfacción del derecho, que es aquello a lo que se ordena la virtud de la justicia. Vista, pues, la vida social humana desde la perspectiva de la justicia –que es la perspectiva del oficio de jurista–, el sistema jurídico no aparece primariamente como un sistema de exigencias y reivindicaciones, que es lo que ocurre cuando se confunde el derecho con el derecho subjetivo y se sitúa a éste en el centro del sistema jurídico.

El derecho es, esencialmente –siempre desde la perspectiva jurídica–, lo debido por los demás. En consecuencia, el desarrollo de la vida social según lo postulado por la justicia y el derecho, consiste primariamente en cumplir lo debido (satisfacer la deuda). El sistema jurídico –sistema de derechos o sistema de relaciones de justicia– se manifiesta ante todo como *un sistema de deberes*.

b) Esta expresión –sistema de deberes– ha de ser interpretada correctamente. A nuestro juicio es incorrecta aquella interpretación que entiende que el sistema jurídico está compuesto primariamente, no por derechos, sino por deberes, de modo que los derechos serían como el contrapunto o consecuencia de los deberes. Lo que existiría sería una serie de deberes, de los cuales se derivarían unas posibilidades o facultades en orden a su cumplimiento (el derecho a cumplir el deber) y, en su caso, la facultad o derecho subjetivo de los demás a exigir el cumplimiento del deber. El derecho sería una consecuencia del deber.

Si por actividad jurídica entendemos las conductas justas y si llamamos sistema jurídico al sistema de relaciones de justicia, esta idea que da primacía al deber no se puede considerar correcta. Ya hemos dicho repetidamente que la justicia existe en función del derecho, pues consiste en satisfacerlo, y que *lo debido* es el derecho, que es lo que hay que cumplir y satisfacer para que se cumpla la obra de la justicia. El centro de la actividad jurídica y del sistema jurídico es el derecho. Sin él no se entiende la justicia.

Lo que ocurre es que el derecho es lo debido, en el sentido de ser lo que el hombre justo y la sociedad justa deben satisfacer y cumplir para vivir y desarrollarse conforme a justicia. Desde la perspectiva de la justicia, lo primario es el deber de dar a cada uno lo justo, su derecho. En este sentido, la vida jurídica y el sistema jurídico se manifiestan primariamente como un sistema de deberes. Pero en el bien entendido de que se trata del deber de satisfacer el derecho. Por eso resulta inexacto decir que el sistema jurídico *es* primariamente un sistema de deberes, aunque resulta correcto afirmar que *se manifiesta* como tal.

Desde este punto de vista, la facultad de exigir o derecho subjetivo –y en consecuencia la exigencia y la reivindicación– es una dimensión secundaria del sistema jurídico, que tiene virtualidad en situaciones *anormales* –por lo demás nada infrecuentes–, esto es, cuando no se ha cumplido la obra de la justicia de modo espontáneo y normal. Es entonces cuando aparece la posibilidad de exigir y reivindicar.

c) De acuerdo con esto, la actividad jurídica o actuación conforme a justicia, lo que en definitiva supone la vida social desarrollada conforme a la justicia y al derecho, no es una actividad individualista y egoísta, centrada en el uso y reivindicación del derecho subjetivo, sino una vida social abierta a los demás, altruista, que mira a que cada uno tenga lo suyo –lo que le corresponde por la dignidad de su persona y las leyes de la sociedad– y esté en el legítimo uso y disfrute de su derecho. La actividad jurídica o acción justa representa la más básica dimensión de solidaridad entre los hombres. El deber de dar a cada uno lo suyo, inherente al derecho, es un deber de solidaridad, que se funda en el respeto a la dignidad humana del titular del derecho. Representa un deber derivado de la *societas* o comunidad que forman los hombres, fundada en el respeto y la solidaridad. Por eso, la vida social según justicia conserva y refuerza la comunidad humana, la *societas humana*, y su fruto es la concordia y la paz: *opus iustitiae pax*.

20. LO EQUITATIVO Y LA EQUIDAD. *a*) Si quisiéramos atenernos a la denominación completa del arte del jurista, no bastaría decir que es el arte de lo justo. En realidad el arte del derecho es el arte de lo justo y de lo equitativo. Es, en efecto, el arte del jurista el arte de la justicia y de la equidad, no sólo de la justicia. La equidad no es un elemento secundario del arte del derecho, sino parte principal suya.

La equidad es el arte de armonizar la justicia con las otras virtudes que regulan las relaciones humanas. La justicia no puede ser contemplada aisladamente, sino en el contexto general de las relaciones humanas y del bien común. A cada uno hay que darle lo suyo, porque así lo exige la ontología de la persona humana y la estructura misma de las relaciones humanas. Pero en las relaciones humanas no todo es justicia; hay también otros deberes, que son propios de otras virtudes. La solidaridad y la caridad, la misericordia y la moderación y otras tantas virtudes suponen también deberes que han de armonizarse con los de la justicia. La armonización de la justicia con otras virtudes –o sea, la armonización de los deberes que de todas ellas nacen– dan lugar,

entre otras cosas, a *lo equitativo*, que es el objeto de la equidad. La equidad es la justicia matizada por otras virtudes y lo equitativo es el resultado de armonizar los deberes de justicia con otros deberes.

La función de la equidad es mejorar la justicia y, por lo tanto, favorecer el bien común. Si en algún caso, la pretendida equidad destruyese la justicia o debilitase el bien común, no sería propiamente equidad, sino vicios como el mal gobierno, la injusticia o la debilidad.

La equidad atempera el deber y acomoda el derecho.

b) La atemperación de lo debido consiste en rebajar, disminuir o dulcificar la deuda, o en dilatar la perentoriedad de los plazos en los que la obligación debería ser cumplida. Esta atemperación puede tener diversas causas. Unas veces procede de la benignidad o de la misericordia, como ocurre cuando las penas que en justicia son debidas se alivian o se perdonan; otras veces su causa es la solidaridad o la moderación necesaria para que el rigor de la justicia no dañe otros valores no menos importantes.

Los sujetos de la equidad –quienes deben aplicarla– en la atemperación de lo debido son el gobernante, el juez y el titular del derecho. Pero en los deberes de justicia legal –cumplimiento de las leyes– es también sujeto de la equidad el destinatario de la ley, que puede aplicar el principio general de derecho de que las leyes no obligan en los casos en los que éstas se tornan nocivas o causan grave incómodo.

c) Otra forma de equidad es la acomodación del derecho. Si en la atemperación de lo debido la equidad mira a la deuda o deber, buscando el bien del obligado, en la acomodación del derecho la equidad se fija en el derecho, buscando su satisfacción en lo posible por el bien del titular del derecho. Este tipo de equidad tiene lugar cuando resulta imposible satisfacer el derecho. Hay, en efecto, circunstancias que hacen imposible que se dé al titular del derecho aquello que le corresponde. De suyo el deber de estricta justicia queda entonces enervado según el principio *ad impossibilia nemo tenetur*, con el correspondiente perjuicio del titular del derecho. Interviene aquí la equidad sustituyendo lo debido en

justicia por una compensación equitativa, que disminuye y atempera el perjuicio del titular del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *Le droit subjectif en question*, nº monográfico de los "Archives de Philosophie du Droit", IX (1964); AA. VV., *Equity in the World's Legal Systems. A comparative Study*, ed. por R. A. Newman (Brussels 1973); AA. VV., *Summum ius summa iniuria*, Congreso organizado por la Facultad de Derecho de Tübingen (Tübingen 1963); AA. VV., *L'Equità*, VII Congresso di studio organizato dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Soziale (Milano 1975); J. BRUFAU, *Introducción al Derecho*, I (Salamanca 1980); H. COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, reimpr. (Barcelona 1976), págs. 31 ss.; J. DABIN, *El derecho subjetivo*, ed. castellana (Madrid 1955); F. D'AGOSTINO, *Frammenti di filosofia del diritto* (Catania 1984), págs. 9 ss.; ID., *La tradizione dell'epieikeia nel medioevo latino* (Milano 1976); G. DEL VECCHIO, *Los supuestos filosóficos de la noción del Derecho*, ed. castellana (Madrid 1908); ID., *El concepto del Derecho*, ed. castellana (Madrid 1914); R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, ed. castellana (Barcelona 1984); J. FERRER, *Filosofía de las relaciones jurídicas* (Madrid 1963); J. FINCH, *Introducción a la teoría del derecho*, ed. castellana (Barcelona 1977); A. FOLGADO, *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo* (El Escorial 1960); E. GARCÍA MAYNEZ, *La Definición del Derecho* (México 1948); H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*, 2ª ed. castellana (México 1980); H. KANTOROWICZ, *La definición del Derecho*, ed. castellana (Madrid 1964); H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, ed. castellana (México 1979); L. LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, 3ª ed. (Barcelona 1972), págs. 257 ss.; H. LEVY-ULLMANN, *La definición del Derecho*, ed. castellana (Madrid 1925); C. I. MASSINI, *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho* (Buenos Aires 1987); C. S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, reimpr. (Barcelona 1984); G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, ed. castellana (Madrid 1933), págs. 43 ss.; M. REALE, *Introducción al Derecho*, ed. castellana (Madrid 1976); M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Introducción a la Ciencia del Derecho* (Salamanca 1991); A. ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, 2ª ed. castellana (Buenos Aires 1970); J.-P. SCHOUPPE, *Le réalisme juridique* (Bruxelles 1987); W. SCHUPPE, *Der Begriff des subjektiven Rechts* (Breslau 1887, reprod. Aalen 1963); H. A. SWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Les dimensions du droit* (Paris 1978); TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, q. 57; M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho*, I, ed. castellana (Pamplona 1979).

LECCIÓN VII

LA LESIÓN DEL DERECHO: LA INJUSTICIA Y LO INJUSTO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La injusticia. 3. Equívocos sobre la injusticia. 4. El objeto de la injusticia. 5. El acto injusto. 6. La fórmula del acto injusto. *a*) *Lesionar*. *b*) *El derecho*. *c*) *De una persona*. 7. Lo injusto o lesión del derecho. 8. Reglas de discernimiento de la lesión del derecho. *a*) *Primera. La lesión del derecho es un resultado y no una intención*. *b*) *Segunda. "Scienti et volenti non fit iniuria"*. *c*) *Tercera. Cuando la culpa del acto lesivo del derecho es del damnificado, el daño se imputa a éste*. *d*) *Cuarta. No hay lesión del derecho cuando el titular se opone irracionalmente a una acción contraria a su interés o bien particular protegidos por un derecho*. 9. Lo injusto como lo desigual. *a*) *La desproporción fundamental*. *b*) *Clases de lo injusto*. *c*) *Lo injusto legal*. *d*) *Lo injusto distributivo*. *e*) *Lo injusto conmutativo*. 10. Los requisitos del acto injusto. 11. Los autores del acto injusto. 12. La cooperación al acto injusto. 13. Situaciones y estructuras injustas. 14. La reparación de la lesión del derecho. *a*) *De la reparación en general*. *b*) *La reparación de la justicia legal*. *c*) *La reparación de la justicia conmutativa*. *d*) *La reparación de la justicia distributiva*. 15. Reparación y responsabilidad. 16. El derecho injusto.

1. INTRODUCCIÓN. Si el derecho es *lo justo*, aquello que es contrario al derecho –su lesión o quebrantamiento– es *lo injusto*. Asimismo lo opuesto a la justicia es la injusticia. Pues bien, después de haber analizado la justicia y el derecho, corresponde ahora exponer lo referente a la injusticia y a lo injusto. Dado que el oficio del jurista consiste en determinar y decir el derecho, lo justo, parte de su arte y ciencia consiste en detectar lo injusto, para discernir lo justo de lo injusto. Con razón Ulpiano –como vimos– describió el arte del derecho como la *iusti atque iniusti scientia*, la ciencia de lo justo y de lo injusto. Al jurista corresponde determinar cuándo hay propiamente una injusticia y, por consiguiente, cuándo hay una lesión del derecho: así, es función del juez no sólo sentenciar cuál es el derecho, sino también si ha habido lesión del derecho. Ahora bien, al igual que muchas veces se usa abusivamente de la palabra justicia y también del término derecho en el lenguaje vulgar, lo mismo ocurre con la injusticia y lo injusto. Por esta razón, es necesario exponer cuidadosamente qué es la injusticia en su exacto sentido y en qué consiste realmente lo injusto.

Pero, además, esta tarea de precisar el significado correcto de la injusticia y de lo injusto es todavía más necesaria en nuestra época porque, en ciertos ámbitos modernos y contemporáneos de la filosofía jurídica, la noción de justicia –como se vio antes– ha perdido sus perfiles nítidos y se ha adulterado profundamente. La justicia ha sido entendida como idea, ideal, sentimiento, valor o criterio, trastocando su genuino sentido y convirtiéndola las más de las veces en una noción vaga –que Kelsen no dudó en calificar de irracional y Ross de emocional–, casi inaprehensible y de hecho inservible para el jurista, pese a la apelación que a la justicia hacen algunos textos jurídicos, como la Constitución española de 1978, cuyo art. 1 enumera a la justicia entre los valores superiores del ordenamiento jurídico español[1].

1. Véanse como ejemplo estas palabras de un manual de nuestros días: "Obsérvese, no obstante, que entre los valores enunciados en el artículo 1-1 hay uno, el de justicia, que no parece encontrar traducción en el esquema propuesto. En realidad, no se trata de que la justicia no se proyecte en el ámbito del Derecho eclesiástico, sino de que constituye poco más que una palabra vacía en

Correlativamente la injusticia y lo injusto se han convertido en nociones imprecisas, sin rasgos definidos: ideas contrarias a unas ideas puras de razón; acciones o estructuras que contrarían a unos ideales políticos; reacciones emocionales o sentimientos opuestos a los propios de la justicia (contravalores); etc. A este conjunto de afirmaciones hay que oponer que la injusticia y lo injusto no son ninguna de estas cosas ni tienen nada de conceptos vagos: se trata de nociones precisas, como son nítidos y precisos los conceptos de justicia y de lo justo o derecho, según hemos visto en páginas anteriores. Mostrar que la vaguedad desaparece si dichas nociones se construyen correctamente –como lo ha hecho el realismo jurídico clásico– es el objeto de las páginas que siguen.

Y como las ideas de injusticia y de lo justo se obtienen por oposición a las ideas de justicia y de derecho, y de éstas hemos escrito ampliamente –valiendo mucho de lo dicho para las nociones que ahora nos ocupan–, nos limitaremos a exponer sucintamente el tema planteado, evitando las repeticiones en todo lo posible.

2. LA INJUSTICIA. *a*) La injusticia es lo opuesto a la justicia; se define, pues, por oposición y contrariedad con la justicia. Por lo mismo, la injusticia consiste en la negación de la justicia y en este sentido puede decirse que constituye la especie *contraria* a la justicia, no una especie simplemente *distinta*. Si la justicia no pertenece al intelecto ni al sentimiento, sino al orden volitivo, la injusticia no es algo propio del intelecto ni del sentimiento (lo que representaría una especie meramente distinta), sino que pertenece a la voluntad en cuanto opuesta a la justicia; la injusticia está en el orden de la volición –del querer– contraria a la propia de la justicia.

Ya se ha dicho que la justicia tiene un estatuto volitivo; es una tendencia actual de la voluntad (si el acto justo es aislado sin

el marco del Derecho positivo. Aunque prestigiosas voces han criticado este punto de vista [...], creo que la justicia tiene un significado principalmente emotivo, que no añade nada al sistema de garantías y que, de hecho, es muy pocas veces invocado por el Tribunal Constitucional y siempre con un valor meramente retórico". I. C. IBÁN-L. PRIETO SANCHÍS, *Lecciones de Derecho Eclesiástico*, 2ª ed. (Madrid 1987), pág. 118. Con más amplitud, G. PECES-BARBA, *Los valores superiores* (Madrid 1984).

resultar de un estado de la voluntad) o un hábito (si es una disposición permanente y constante) virtuoso de dicha potencia. Correlativamente la injusticia es también una tendencia actual de la voluntad (si el acto injusto es eventual) o un hábito suyo, pero contrarios a la justicia: como hábito es la disposición opuesta o contraria a la virtud, o sea, un *vicio*.

A su vez, la justicia es la tendencia actual o la virtud de la voluntad, cuyo objeto es el acto justo, aquel que se ordena a la satisfacción y cumplimiento del derecho; en sentido contrario, la injusticia tiene por objeto el acto injusto, que consiste en la acción de agresión contra el derecho y su lesión. La injusticia se especifica, pues, por violar el derecho; en esto consiste su tipicidad y no en otra cosa. Ello se advierte por ser lo opuesto o contrario a la justicia. El punto de referencia de la justicia y de la injusticia es el mismo, el derecho; pero lo es en sentido contrario: en la justicia el derecho se satisface y se cumple, en la injusticia se lesiona y quebranta. Por lo tanto, lo típico y específico de la injusticia consiste en producir una lesión a un derecho. Sólo si la injusticia se contempla como lo contrario a la justicia y en consecuencia como voluntad dirigida a la lesión del derecho, se habrá captado con exactitud la esencia de la injusticia, de la que se derivan sus características.

Podemos, pues, definir la injusticia como *la tendencia o hábito de la voluntad que se dirige a la lesión del derecho*. Desde la perspectiva de oposición a la justicia se puede llegar a determinar la que podemos llamar fórmula del acto injusto, que es la acción opuesta y contraria al acto justo. Si la fórmula de la acción justa es "dar a cada uno lo suyo, su derecho", la fórmula de la acción injusta consiste en "lesionar el derecho de una persona". A esta fórmula del acto injusto nos referiremos más adelante.

b) De la definición y de la fórmula transcritas se deduce el carácter determinado y preciso –sin ninguna vaguedad– de la idea o noción de injusticia. El derecho es, decíamos, aquella cosa o entidad que, estando atribuida a su titular, le es debida con deuda en sentido estricto. El derecho es algo determinado, que se delimita por el título y la medida; por eso la justicia es también algo

concreto y preciso. Correlativamente la injusticia, por representar una lesión del derecho, es también una realidad precisa y determinada. No es otra cosa que la voluntad de lesionar el derecho concreto y preciso. La injusticia no consiste de suyo en contradecir estimaciones subjetivas (contravalor) o herir sentimientos; no reside en estos efectos, que pueden darse ante el acto injusto, lo mismo si se trata de valores o sentimientos del que sufre la injusticia como de aquellos que son generales del medio social; todo esto son efectos concomitantes de la injusticia, pero ésta no reside en tales efectos, sino en la lesión del derecho.

3. EQUÍVOCOS SOBRE LA INJUSTICIA. Cuanto acabamos de decir nos muestra qué cosa no es la injusticia.

a) En primer lugar, la injusticia no consiste en un disvalor, o en otras palabras, la injusticia no reside en contradecir un valor. La acción humana no es injusta porque lesione un valor o estimación subjetiva, particular o común. Supongamos, por un momento (y no es un ejemplo irreal) que determinada acción injusta –que viola un derecho– sea tenida en un medio social como valiosa o, al menos, como indiferente. Si el derecho existe realmente, se dará, por esa acción, una lesión del derecho; luego habrá una injusticia, la cual se tendrá por valiosa o indiferente. Que esa injusticia se tenga por valiosa o indiferente no implica que la injusticia no exista: si hay lesión del derecho hay injusticia, pues la injusticia consiste en dicha lesión. Sin embargo es tan claro y evidente que la injusticia es un mal o contravalor que a nadie –o a casi nadie– se le ocurrirá hablar de una injusticia buena o valiosa; lo que realmente sucederá es que tal acción se tendrá por no injusta, esto es, como no lesiva del derecho, porque se negará la existencia del derecho en ese caso, o se entenderá que hay otros derechos que prevalecen sobre el derecho conculcado. Mas todo eso son juegos intelectuales arbitrarios, movidos por la voluntad injusta. Juegos intelectuales que al jurista toca debelar en su función de discernir lo justo de lo injusto.

b) Tampoco la injusticia es una emoción contraria a la emoción en la que consistiría la justicia. Si la emoción se entiende de quien obra, es obvio que por la emoción sentida –y aun aceptada– nadie lesiona el derecho; para ello es necesario que a la emoción suceda una acción, regla elemental para un jurista. Tomemos como ejemplo la acción injusta más típica: el delito. Mientras el delito se ciña a la emoción, no existe tal delito, ni siquiera en grado de tentativa. Por lo demás, sentir una emoción no hace injusta a la persona, en tanto no consienta en ella; y aun ese consentimiento se limitará al orden moral sin trascender al jurídico hasta que no se manifieste en acciones externas. Además, la emoción puede ser un atenuante del delito y si es tan fuerte que deriva en una pasión que altera el uso de la razón, puede llegar a ser una eximente. Ni la injusticia ni la justicia consisten en emociones.

Y si la emoción se entiende de los demás, del contorno social, entonces estamos ante un supuesto similar al anterior, del que ya hemos hablado.

c) Todavía con más fuerza y claridad que en la justicia, puede observarse que la injusticia no es una idea o contraideal. No se es injusto por contradecir la idea de derecho, sino por contradecir el derecho. Así, el robo no es delito porque dañe a la idea del derecho de propiedad o a la idea del orden social basado en la propiedad privada, sino porque despoja de un bien suyo al propietario. No es cuestión de ideas, sino de derechos –bienes o cosas– sobre los cuales se ejerce una acción lesiva. De lo contrario, bastaría sostener una doctrina política, social o económica opuesta al orden establecido de la propiedad, para cometer el acto injusto del robo, lo cual es a todas luces falso. Sin acción, y por lo tanto, sin voluntad operativa, no hay acto injusto. Son nociones elementales de derecho.

d) Lo mismo cabe decir respecto de los ideales políticos, en los cuales –como se vio– algunos sitúan la justicia. La injusticia no es el contraideal y el acto injusto no es tal por conculcar esos ideales. De lo contrario, bastaría sostener ideales políticos opuestos a aquellos que dominan en un medio social determinado para caer en

la injusticia y cometer un acto injusto. Lo cual no es un error menor que lo anterior. Nuevamente resulta ejemplificativo referirse al delito. Quien comete un secuestro no es injusto por contradecir el ideal político de la libertad, sino por lesionar el bien concreto de la libertad de una o unas personas determinadas, por atropellar su derecho actual. La injusticia no es un contraideal, sino tendencia o hábito de una voluntad operativa, contraria a un derecho concreto y determinado.

e) En conclusión, decíamos antes que la justicia se ordena a la acción justa y por ello es una tendencia, actual o habitual, de la voluntad, que es la potencia espiritual operativa; así también la injusticia no tiene un estatuto intelectual, sino un estatuto volitivo. La injusticia es una tendencia, actual o habitual, de la voluntad, que se ordena a la acción injusta o lesión del derecho.

4. EL OBJETO DE LA INJUSTICIA. Del mismo modo que la virtud tiene por objeto el acto virtuoso de la potencia en la que inhiere el hábito, al que llamamos objeto primero o simplemente objeto, también el vicio tiene por objeto –simplemente objeto u objeto primero– el acto desordenado o vicioso. E igualmente que la virtud, el vicio puede tener un objeto segundo, que es la materia o cosa sobre las cuales recae el acto. Siendo la injusticia el vicio opuesto a la justicia, su objeto primero es el acto injusto y su objeto segundo –al que se le puede llamar objeto de la injusticia sin más, como al derecho se le llama objeto de la justicia– es *lo injusto*, el contraderecho o entuerto, o sea, la lesión del derecho.

La injusticia, en cuanto vicio o tendencia actual de la voluntad, tiene interés sobre todo para el moralista y, en su caso, para el político, a quienes interesa la dimensión personal –virtuosa o viciosa– de los hombres y los ciudadanos. El jurista, en cambio, para quien lo interesante en orden a su oficio es la dimensión social e intersubjetiva de las conductas (ciencia social), tiene por objeto de su arte o ciencia *lo injusto*, que es lo que debe discernir y decir. Y en tanto lo injusto es el objeto de la acción injusta, le interesa también ésta. El jurista, más que en la injusticia –que atañe sobre todo al moralista y al político– fija su atención en el acto injusto y

en lo injusto. En el orden de la injusticia el *objeto del oficio de jurista es lo injusto o lesión del derecho*; lo decíamos antes, la jurisprudencia o ciencia del derecho es la *iusti atque iniusti scientia*, la ciencia de lo justo y de lo injusto.

En consecuencia y dado que el arte del derecho y la filosofía jurídica son ciencias sociales, el objeto propio de estudio de la filosofía del derecho no es la injusticia como vicio de la voluntad, sino lo injusto o resultado del acto injusto, acto que es también objeto de estudio en cuanto causa de lo injusto.

5. EL ACTO INJUSTO. El centro de interés del jurista –y por lo mismo del filósofo del derecho– es lo injusto, como objeto que es del oficio de jurista, y también el acto injusto –la acción injusta– como causa de la lesión del derecho. Sobre el acto injusto haremos a continuación unas observaciones.

a) Llamamos acto injusto a aquella conducta que se dirige a causar la lesión del derecho. Al calificarlo de *acto* estamos diciendo que se trata de una acción o conducta del hombre como ser libre y responsable. En efecto, la injusticia es un vicio o tendencia actual de la voluntad, sujeto del libre albedrío, lo que coloca a la injusticia en el orden ético o moral, esto es en el orden de las conductas voluntarias y libres. De ahí que el acto injusto sea un acto voluntario y, en cuanto tal, libre. La injusticia –al igual que la justicia– no pertenece al campo de los hechos –sucesos o aconteceres regidos por fuerzas naturales no libres–, sino al ámbito de los actos humanos o conductas regidas por la razón y queridas por la voluntad[2]. Así, por ejemplo, el homicidio es un acto injusto; la muerte por una caída fortuita no es una injusticia, sino una desgracia, un lamentable accidente. La injusticia requiere la voluntariedad y, en consecuencia, el acto injusto es un acto voluntario (es decir, libre).

2. Sobre los actos humanos, sus características y sus diferencias con los hechos, puede verse, J. HERVADA, *Cuatro lecciones de derecho natural*, 2ª ed. (Pamplona 1990), págs. 5 ss.

b) Esto nos lleva a distinguir entre *acto injusto* y *hecho dañoso* o *accidente*. Cuando hay una violación del derecho por un acto voluntario, estamos en presencia del acto injusto. Si hay una lesión de bienes –del patrimonio jurídico– sin causa libre, lo que se ha producido es un hecho dañoso, un accidente, no una injusticia. Así, los daños causados por los animales, o por los meteoros, o por cualesquiera otras causas no libres, no son actos injustos. En realidad, en estos casos no puede hablarse de lesión del derecho, que requiere siempre una acción humana libre. Ya se dijo que un bien, una cosa, sólo es derecho según las relaciones de atribución y de deuda existentes entre hombres. Predicar de una cosa que es derecho, implica hablar de ella en el contexto de las relaciones humanas, pues la relación de atribución supone un reparto entre hombres, así como la relación de deuda es una relación entre la persona-acreedor y la persona-deudor. Fuera de este contexto no hay derecho –la cosa no es calificable de derecho–, ni su lesión, en consecuencia, es lesión del derecho: es lesión o daño de la cosa no considerada como derecho. No se tienen derechos –cosas atribuidas y debidas– frente a los animales, a los meteoros o a cualquier otra causa no libre. El acto injusto es, por su naturaleza, un acto voluntario, libre, ya que solamente el acto voluntario ataca a la cosa como derecho, lesionando las relaciones interhumanas de atribución y deuda.

c) De lo dicho se desprenden los dos elementos que tipifican el acto injusto: 1º) un elemento material u objetiva lesión del derecho; y 2º) un elemento formal o especificador –aquello por lo que el acto lesivo es propiamente injusto–, que es la intención contraria a derecho por dolo o imprudencia. El acto injusto se especifica, por lo tanto, por la voluntad dolosa o imprudente. Sólo cuando se dan ambos elementos puede hablarse en propiedad del acto injusto.

Si acaso faltase el elemento material, puede hablarse de deseo injusto, de tentativa, de iniciación, pero no de acto injusto consumado. En caso de faltar el dolo o la imprudencia, hay un acto lesivo del derecho, que exige reparación, mas no acto injusto propiamente tal.

d) En relación con la presencia de ambos elementos en un acto lesivo del derecho y la posible falta del elemento formal o especificador, se distingue entre el acto injusto *formal* (o injusticia formal) y el acto injusto *material* (injusticia material). ¿Qué se entiende por uno y otro?

e) El acto injusto formal o formalmente injusto es aquel acto voluntario, que conculca el derecho con voluntad contraria a él, sea por dolo, sea por imprudencia. Lo que distingue al acto formalmente injusto es la intención dolosa o imprudente de violar el derecho ajeno. Es el acto injusto en su sentido estricto o pleno. En otras palabras, nos hallamos ante la voluntad injusta en sentido propio. Por lo tanto, el acto injusto formal obra la lesión de la cosa, que constituye un derecho, con conciencia y voluntad antijurídica (contraria a derecho).

Un aspecto importante a tener en cuenta es que el acto formalmente injusto, además de vulnerar el derecho agredido, implica una conducta antisocial en cuanto el agente obra atentando contra el sistema de relaciones interhumanas, que es el sistema jurídico, sustituyéndolo por la fuerza, la violencia o la prepotencia. En este sentido, el hombre injusto –además de lesionar un derecho concreto atacando a la justicia respecto del titular del derecho lesionado– agravia a la sociedad y viola la justicia legal, generando la *culpa*, que implica la *punibilidad*. De este modo, el hombre injusto, no sólo tiene la obligación de reparar el derecho violado (restitución o compensación), sino que se hace reo de pena. El acto formalmente injusto genera, pues, la obligación de reparar, el reato de culpa y el reato de pena.

f) El acto materialmente injusto se distingue por ser objetivamente causa de una lesión del derecho (elemento material del acto injusto), pero sin voluntad contraria al derecho; esto es, sin conciencia de vulnerar un derecho y por lo tanto sin dolo o imprudencia (carencia del elemento formal). Tal ocurre por ignorancia, error o inadvertencia respecto del estatuto jurídico de la cosa o bien, respecto del cual se produce el daño. Lo típico del acto materialmente injusto es la existencia de una acción objetiva-

mente lesiva del derecho junto a la ausencia de voluntad injusta (falta dolo o imprudencia). Así, el conductor que, confundido, se sube a un coche que no es el suyo, creyendo ser el de su propiedad, y se lo lleva, sin duda causa violencia al derecho del propietario del automóvil, pero sin voluntad injusta. El autor del acto materialmente injusto actúa como causa libre del daño, mas sin voluntad contraria al derecho.

Dadas estas características, el acto materialmente injusto sólo recibe el nombre de injusto por analogía, porque a la acción lesiva del derecho le falta la formalidad o elemento especificador del acto injusto; no es, pues, realmente injusto, aunque sí lesivo del derecho.

Por carecer el acto materialmente injusto de dolo o imprudencia, no hay en él agravio a la sociedad humana ni quebranto de la justicia legal, por lo cual no genera reato de culpa ni pena (no es un acto punible), aunque sí existe la obligación de reparar el derecho lesionado como es obvio.

6. LA FÓRMULA DEL ACTO INJUSTO. La fórmula mediante la cual se expresa el acto injusto consiste, como se ha dicho, en "lesionar el derecho de una persona". Analizaremos a continuación cada uno de los términos de que consta.

a) *Lesionar*. Con el término *lesionar* se quiere expresar toda acción u omisión que viola un derecho, sea natural, sea positivo. No se trata, pues, de una negación intelectual o de un sentimiento contrario a derecho, sino de una voluntad operativa, que por vía de acción o de omisión, conculca un derecho. Como sea que la acción injusta puede revestir múltiples formas, *lesionar* incluye muchos significados: agredir, retener, dañar, ofender, infamar, etc. Significa, pues, toda acción u omisión que priva a un titular del legítimo uso, disfrute y posesión de sus derechos o vulnera la exclusividad que es propia de la titularidad.

El derecho, o sea lo justo, conmutativo, distributivo o legal, se puede violar por acción u omisión; así, por ejemplo, se causa violencia a lo justo conmutativo, tanto por hurto, como por no pagar una deuda; así también se puede conculcar el derecho a la

vida, lo mismo por una acción homicida, que por omitir voluntariamente el deber de salvar la vida.

En este sentido, no puede considerarse acertada la opinión de aquellos autores –en su momento aludidos–, que, como Schopenhauer, entendieron que la injusticia es siempre una noción positiva; y no es acertada porque –en primer lugar– el acto injusto puede consistir en una negación por omisión. En efecto, para que la omisión lesione un derecho, no basta dejar a su titular en situación de indefensión respecto del derecho, sino que es necesario que exista el deber positivo de satisfacer el derecho o de ayudar y defender al titular, pues si no existe ese deber, la simple omisión no constituye quebranto del derecho. La violación del derecho por omisión postula omitir el deber correspondiente, lo cual puede ocurrir por vía negativa o pasividad.

Además y en segundo término, decíamos antes que en el acto injusto había que distinguir entre el elemento material y el elemento formal, siendo este último el factor determinativo o especificador. Pues bien, la formalidad del acto injusto –o formalidad de la injusticia– es esencialmente negativa: es la negación de lo justo y de la justicia. Consiste en "no dar a cada uno lo suyo". Lo que especifica la injusticia no es la acción u omisión en sí mismas consideradas, sino la violación del orden social justo. Y lo injusto es una lesión, que como tal constituye un mal, el cual tiene razón de mal por la carencia de bien. Así, por ejemplo, la injusticia no reside en el incendio de una casa en cuanto tal, que puede ser un accidente fortuito, sino en que –si es injusto– niega el derecho y perturba el orden social justo. Recuérdese que el mal se mide siempre en relación a una carencia; que algo sea malo, lo es por lo que carece, no por lo que tiene. La injusticia es mal o disvalor por lo que tiene de negación y contrariedad respecto de la justicia. Si no fuese así, la formalidad de la injusticia no residiría en el dolo o la imprudencia, sino en el daño como tal, y entonces incluso los hechos accidentales dañosos incurrirían en injusticia: los animales y las fuerzas de la Naturaleza serían injustos, lo que es evidente error.

b) *El derecho*. *a*') La acción injusta consiste en lesionar un derecho. Es éste el punto determinante y determinativo de la acción injusta y, por ende, de la injusticia. Para que haya acción injusta es necesario que exista antecedentemente un derecho en sentido propio y estricto. La injusticia no se refiere a aspiraciones, esperanzas o anhelos por legítimos que sean. Tampoco se refiere a un orden social, político y económico mejor o ideal. Así como la justicia no consiste en satisfacer esperanzas y aspiraciones legítimas, sino en satisfacer y cumplir los derechos; así también la injusticia no consiste en dificultar o impedir anhelos más o menos legítimos –lo cual está en el orden de la conducta ética o política–, sino en vulnerar los derechos. Por lo tanto, para que haya injusticia es preciso que el derecho esté preconstituido; sólo en relación a verdaderos derechos –lo justo– cabe la acción injusta. También, como el acto justo, la acción injusta es un *acto segundo*, que requiere el acto primero de constitución del derecho. Sin el derecho, lo justo, no puede darse la acción injusta ni lo injusto.

Es éste un punto central para que el jurista sepa desarrollar con acierto y maestría su función de discernir lo justo y lo injusto. Porque con frecuencia se habla de injusticia ante comprensibles esperanzas defraudadas, ante anhelos insatisfechos o ante ideales políticos contrariados. El uso de la palabra injusticia en tales casos es abusivo; sólo ante un verdadero derecho vulnerado cabe hablar de injusticia y de acción injusta. Si no hay un derecho preconstituido –sea natural sea positivo– no hay acción injusta, aunque haya acciones inmorales o antiéticas. Lo que separa la injusticia de otros tipos de conductas contrarias a la ética, es la existencia de un derecho, al que se lesiona.

b') El derecho, decíamos en su momento, tiene la nota de exterioridad o externidad, entendiendo por tal que son derecho las cosas que, por entrar en el campo de la comunicación y relación interhumanas, son interferibles en sí o en alguna dimensión suya. En este mismo sentido, la acción injusta es necesariamente una acción externa, pues por su índole es la acción que interfiere el legítimo y pacífico uso y disfrute del derecho por parte de su titular.

c') Al igual que la acción justa, el acto injusto tiene la nota de alteridad. Es lesión del derecho de otro. Como sea que la nota de alteridad que se predica del derecho quiere decir que el derecho se da siempre y sólo en una relación entre dos personas, de modo que no existen derechos ante uno mismo, no cabe acto injusto contra sí mismo. Tal acto puede ser inmoral, pero en tanto no existe derecho, no hay acto lesivo del derecho y por lo tanto no hay injusticia ni acto injusto. Para que el acto contrario a un derecho realizado por su titular sea un acto injusto es preciso que el bien lesionado sea también derecho de otros y consecuentemente que el acto lesione la justicia legal, la conmutativa o la distributiva.

c) *De una persona.* Al tratar de la fórmula de la acción justa se puso de relieve que la justicia no se refiere directamente a los grupos, clases sociales o estamentos, sino a cada persona singular (a cada uno); la justicia sólo se satisface cuando todos y cada uno de los seres humanos ven cumplidos y respetados sus derechos. Correlativamente la injusticia no consiste únicamente en la vulneración global de derechos considerados genéricamente en un conjunto, causada por estructuras que producen marginación de grupos sociales o discriminación de sectores sociales (estructuras injustas). Existe sobre todo injusticia allí donde una persona singular ve conculcado algún derecho suyo. Por consecuencia, el acto injusto no es sólo una acción estructural, o que tenga por objeto grupos o estamentos sociales. Es principalmente una acción individualizada dirigida contra cada persona singular: viola el derecho de *una persona.* De esta suerte, las injusticias estructurales son la suma de las acciones injustas dirigidas a cada una de las personas involucradas. Por eso las injusticias no se remedian simplemente por acciones estructurales –aunque también éstas puedan ser eficaces en su campo–, sino por acciones individualizadas de restablecimiento del derecho y reparación del daño.

Cada vez que una persona es objeto de violación de un derecho suyo, tal violencia es un acto injusto. De ahí que el sistema jurídico de reparación de injusticias y establecimiento de la justicia –el sistema judicial– se base en procesos dirigidos a dirimir los casos particulares caso por caso, persona por persona. De ahí también,

que las acciones globales para reparar injusticias estructurales, no se libren de injusticia, si se hacen a través de la violación de derechos de otros o a su vez producen marginaciones injustas.

7. LO INJUSTO O LESIÓN DEL DERECHO. Así como el objeto de la virtud de la justicia es lo justo o derecho, el objeto del vicio de la injusticia es *lo injusto* o lesión del derecho: el entuerto. ¿En qué consiste *lo injusto* o entuerto? Consiste en la interferencia que sufre el titular de un derecho, en cuya virtud se ve privado o disminuido en el legítimo uso y disfrute de ese derecho. Esencialmente lo injusto consiste, pues, en conculcar la deuda que constituye formalmente como derecho a la cosa atribuida a un titular. En efecto, se lesiona el derecho cuando se transgrede su índole de cosa debida, ya que tal índole es el constitutivo formal del derecho; la lesión al derecho es la negación del deber o deuda. La injusticia es lo contrario de la justicia, su negación; si pues la justicia es la satisfacción del derecho, el cumplimiento de la deuda, de lo debido, y en eso consiste "dar lo suyo", la injusticia no puede consistir en otra cosa que en "no dar" (retener, despojar, destruir, impedir, etc.), en el quebrantamiento del deber del deudor inherente al derecho del titular o acreedor.

Como violación que es del derecho, lo injusto inhiere en el derecho, tiene como sujeto de inhesión a un derecho, al que quebranta. Por lo tanto, sin derecho no existe lo injusto. En virtud de su carácter negativo, de mal, lo injusto no tiene ninguna consistencia propia, no existe separadamente –no es una sustancia, no es una cosa–, sino que consiste en el desorden o disarmonía infiltradas en el orden social de las cosas atribuidas y debidas: es la desmedida o desmesura que se inserta en la vida social entretejida de relaciones jurídicas. Si el derecho es una cosa, lo injusto no es ninguna cosa, sino un mal, un desorden, una negación que se introduce en el reparto de las cosas corporales o incorporales (bienes, funciones, servicios, etc.). En suma, lo injusto no es una cosa, sino la negación o lesión de la deuda que constituye como derecho la cosa atribuida: lo injusto es la lesión del derecho.

Esta lesión del derecho produce un desorden social, una disarmonía, desmedida o desmesura, contrarios al orden social

justo. Es el producto de la violencia, de la prepotencia, de la fuerza, como sustitutivos de la razón en las relaciones humanas.

8. REGLAS DE DISCERNIMIENTO DE LA LESIÓN DEL DERECHO. La lesión del derecho se discierne por oposición al derecho; allí donde el derecho es interferido por negación de lo debido –sea mediante una acción, sea mediante una omisión–, allí hay lesión del derecho. Pero como se dan una serie de situaciones que pueden engendrar dudas, cabe ofrecer algunas reglas que ayuden a determinar –aunque sólo sea de un modo parcial– cuándo existe lesión del derecho. Esas reglas las enunciaremos a continuación.

a) *Primera. La lesión del derecho es un resultado y no una intención.* Con esto se quiere decir que la lesión injusta es un hecho efectivo, un resultado del acto injusto. Lo injusto no es la mera tendencia o afecto del ánimo, sino el efecto real del acto injusto. Sin el resultado puede haber intención malévola, pero no lesión del derecho, que es un daño efectivamente causado. Proviene este rasgo de lo injusto de que el derecho tiene la nota de exterioridad, por lo que sólo es interferible por acciones externas; únicamente éstas alcanzan a lesionar el derecho. Aunque tales acciones externas tienen como soporte la intención de la voluntad –que se manifiesta en el dolo o la imprudencia en el caso del acto formalmente injusto–, la sola intención no alcanza al derecho. De ahí el aforismo: "la sola intención injusta no constituye lesión del derecho". Lo decíamos antes, el orden jurídico es el orden de las cosas externas, de modo que aquello que le interesa al jurista no es la intención justa, sino la *obra de la justicia*. Del mismo modo, lo injusto –objeto del oficio de jurista– no reside en las intenciones, sino en la *obra de la injusticia*, en el desorden o disarmonía introducido en el orden social: el desorden de las cosas externas constituidas como derecho.

b) *Segunda. "Scienti et volenti non fit iniuria".* Este viejo aforismo puede traducirse por: "no se comete lesión injusta contra el derecho de quien consiente en la acción lesiva". La *iniuria* o injusticia –en el sentido, no de vicio, sino de lesión del derecho

(*iniuria* es lo contrario a *ius*)– sólo puede producirse, como es obvio, en tanto permanece el derecho. Sin *ius*, no hay *iniuria*. Pero, ¿acaso ese aforismo no significará más bien que la lesión del derecho exige la oposición activa del titular agredido? O dicho de otra manera, la injusticia no sería cualquier lesión del derecho, sino aquella lesión contra la cual el titular del derecho opusiese la exigencia de respeto de su derecho, al menos implícita o tácitamente. Tal sería la conclusión que se derivaría si el *ius* o derecho fuese el derecho subjetivo: la renuncia a la exigencia –o no ejercicio de la *facultas exigendi*–, quitaría la razón de injusticia del acto lesivo, ya que el consentimiento del titular equivaldría a enervar el derecho, por lo cual la lesión consentida no tendría carácter injusto.

No puede ser ese el sentido de la regla. El orden jurídico es un *orden objetivo*; la atribución de cosas –la atribución de derechos– no es el resultado de meras acciones individuales aisladas y desconexas. Es el resultado de unas reglas sociales de reparto y forma un sistema social, político y económico, del cual cada relación jurídica es una estructura parcial. Ese orden objetivo en cuanto justo implica a la justicia legal, lesionada por la injusticia formal, aunque se refiera a relaciones de justicia conmutativa o distributiva. Cada derecho está implicado en ese orden objetivo –el orden social justo–, que el consentimiento personal del titular no puede enervar, pues no depende de él. La lesión de un derecho consentida, sigue siendo lesión de un derecho.

¿Cuál es, entonces, el sentido del aforismo? Este aforismo es válido si el consentimiento del titular lesionado comporta una renuncia del derecho por parte de su titular, tratándose de un derecho renunciable. Cuando el sistema jurídico admite la renuncia de un derecho, el consentimiento del titular del derecho puede tener el sentido de una renuncia; para esta renuncia se requiere que se den los requisitos necesarios para la validez de un acto jurídico: la plena advertencia (*sciens*) y el querer de la voluntad (*volens*). Si estos requisitos se dan, hay una renuncia válida y entonces no permanece el derecho, con lo cual no hay lesión de él.

De otro modo ocurre con los derechos irrenunciables. No siendo válida la pretendida renuncia, el consentimiento del titular

no tiene eficacia en orden a impedir la lesión del derecho, que se produce pese a dicho consentimiento. Por eso, tal consentimiento no quita la índole lesiva de la acción del autor de la violación del derecho, la cual conculca tanto la justicia legal (punibilidad) como, según sea el caso, la justicia conmutativa o la justicia distributiva.

Otra cosa diferente es que, supuesta la lesión del derecho, el consentimiento enerve la obligación de reparar el daño producido en la cosa que constituye el derecho; el consentimiento, cuando es verdaderamente tal, –cuando posee los requisitos de un acto jurídico–, tiene el efecto de una renuncia a dicha reparación –lo cual es posible incluso respecto de derechos irrenunciables ya que la reparación requiere la aceptación del lesionado–, pues ello está contenido en el acto de consentir en la lesión.

c) Tercera. Cuando la culpa del acto lesivo del derecho es del damnificado, el daño se imputa a éste. Sucede a veces que la lesión del derecho es causada por un agente sin culpabilidad (sin dolo ni imprudencia), pero con culpa (dolo o imprudencia) por parte del titular del derecho damnificado. Por ejemplo, el suicida que se arroja al paso de un tren, o el automovilista que, infringiendo el Código de la Circulación, resulta accidentado por otro automóvil con daños en su coche o en su persona. En tales casos, el agente –el conductor del tren o el conductor del coche que causa el daño, en los ejemplos puestos– no comete ningún acto injusto, ni material ni formalmente, pues no hay propiamente una lesión del derecho, sino un hecho dañoso imputable al damnificado. Por lo tanto, el causante del daño ni es sujeto de punibilidad, ni adquiere la obligación de reparar el daño, pues por su parte no hay acto injusto (ni material ni formal).

d) Cuarta. No hay lesión del derecho cuando el titular se opone irracionalmente a una acción contraria a su interés o bien particular protegidos por un derecho. Ya se ha dicho que el derecho existe dentro del sistema racional de las relaciones humanas. Por consiguiente, la existencia de un derecho, su persistencia y su integridad son siempre factores racionales. Por racionalidad hay que entender la conformidad del derecho y su ejercicio con la

moral, el bien común y los derechos de los demás. Si el modo de ejercicio del derecho, su persistencia o su integridad se tornan irracionales en un supuesto determinado, en tal supuesto decae la índole de derecho o de legítimo ejercicio del derecho y, en consecuencia, la acción lesiva del interés o bien particular del titular del derecho deja de ser lesión de un derecho. En realidad, no hay acción lesiva del derecho, aunque aparentemente lo parezca ser. Así, por ejemplo, si una acción expropiadora es legítima y justa, no lesiona el derecho de propiedad de los afectados, aunque pueda dañar sus intereses o bienes particulares; si el afectado se opone –fuera de las acciones procesales y recursos que procedan–, lo hace irracionalmente.

La regla enunciada es uno de los fundamentos de la coacción institucional. La oposición irracional del supuesto titular del derecho, le sitúa al margen del sistema racional de las relaciones humanas –conductas racionales– y genera la legitimidad del uso de la fuerza contra él.

9. LO INJUSTO COMO LO DESIGUAL. Si la justicia es igualdad, la injusticia es desigualdad; si lo justo es lo igual, lo injusto es lo desigual. Es evidente, siendo como son la injusticia y lo injusto lo opuesto a la justicia y a lo justo. La igualdad propia del derecho es *proporción*, como vimos, una proporción que causa una armonía fundamental en la sociedad, dando lugar al orden social justo. La injusticia introduce la más básica y dañosa disarmonía en las relaciones entre los hombres: la prepotencia, la desproporción entre las personas.

a) *La desproporción fundamental.* Para comprender en su hondura lo dañino que resulta lo injusto –por lo tanto la malicia de la injusticia– es preciso recordar aquello que se dijo en su momento acerca de la igualdad fundamental y fundante propia de lo justo. Que el derecho sea lo igual significa ante todo que los hombres son radicalmente iguales como sujetos del derecho. Y como la condición de sujeto de derecho es la versión jurídica de la dignidad de la persona humana, la igualdad del derecho supone el reconocimiento de que todos los hombres tienen igual dignidad,

por lo cual son iguales como sujetos de derecho. La armonía y la proporción residen, en último término, en el reconocimiento y en el respeto de esa igualdad en dignidad. La desproporción implica por lo tanto la prepotencia o desmesura de quien no respeta esa igualdad entre los hombres como sujetos de derecho, lo cual supone un atentado contra la dignidad de la persona humana.

La igualdad se rompe de tres maneras, reducibles a una sola: el daño a los bienes espirituales y materiales de la persona, la desproporción en el intercambio o distribución de bienes o cargas, y la conducta contraria al bien común. Todo se reduce a la *lesión del derecho*, que es violación de la condición de sujeto de derecho propia de la persona –individual o considerada en sociedad (bien común)–, esto es, conculcación de su dignidad. El injusto rompe la igualdad fundamental y fundante, por una actitud de desmesura prepotente, introduciendo una desproporción entre las personas, que lesiona la dignidad humana. Esta es la raíz de la malicia de la injusticia y de lo injusto.

En la justicia, la proporción entre las cosas es manifestación de la proporción entre las personas, siendo la igualdad de las cosas el reflejo de la igualdad de las personas. Recíprocamente, la desproporción entre las cosas que introduce la injusticia es expresión de la injusta desproporción entre las personas, de la desigualdad contraria a la dignidad del hombre, que es la esencia de lo injusto.

b) *Clases de lo injusto.* Así como lo justo se divide en legal, conmutativo o correctivo y distributivo, del mismo modo lo injusto –la lesión del derecho– se distingue entre lo injusto legal, lo injusto conmutativo o correctivo y lo justo distributivo. De ellos hablaremos brevemente a continuación.

c) *Lo injusto legal.* Lo injusto legal consiste en la infracción o incumplimiento de las leyes y, en general, en el daño al bien común. Bien entendido que lo injusto legal no comprende toda conducta lesiva del bien común, sino sólo aquella que es opuesta a los deberes de justicia, o por decirlo de otro modo, sólo el daño al bien común por lesión del derecho de la sociedad respecto de sus miembros constituye lo injusto legal. No se refiere, pues, a todos

los deberes morales hacia la sociedad, sino a los deberes de justicia. Y como decíamos antes que lo justo legal está marcado y determinado fundamentalmente por las normas, se deduce de ahí que la infracción de la norma constituye lo injusto legal por antonomasia.

El incumplimiento de las normas es una acción injusta o antijurídica, por lo que quien las contraviene comete lo injusto. Ahora bien, la norma se relaciona con la justicia legal en cuanto es regla de lo debido por el miembro de la sociedad a ésta en función del bien común, por ser regla de lo debido en orden a dicho bien común. Por lo tanto, el incumplimiento o infracción de las normas resulta injusto –en último término– en cuanto supone una conducta lesiva del bien común.

¿Dónde está en lo injusto legal la desproporción? En que el miembro de la sociedad, al desobedecer la norma, quebranta el derecho de la sociedad y con ello no se somete a su contribución debida al bien común y, en consecuencia, altera el orden social, introduciendo un desorden. Al mismo tiempo, se alza contra la sociedad, sustituyendo su sometimiento a la condición de destinatario de las normas, por una prepotencia y rebeldía frente a la sociedad. No se somete a ser parte de la sociedad, sino que, en cuando desobedece a la ley, se alza frente al todo. Con ello, el incumplimiento de la norma produce una disarmonía social, una desmesura o desproporción en la vida de la sociedad que, al contrariar al bien común, contraría al derecho. Es una desproporción que afecta a la igualdad que, como sujetos de derechos y deberes recíprocos, existe entre la sociedad y el miembro.

d) Lo injusto distributivo. El orden justo distributivo consiste en la armonía del reparto o distribución en función de la finalidad del reparto, porque el derecho del miembro de la sociedad sobre los bienes y cargas comunes se mide por la relación de cada miembro respecto de dicha finalidad. Lo justo distributivo es, en último término, la cuota de disfrute de los bienes comunes correspondiente a cada miembro, o la cuota de carga a soportar a cuenta de las necesidades comunes de la sociedad.

Lo injusto distributivo comporta la prepotencia de uno o unos miembros, que colocan desordenadamente a otros en una situación de favor o disfavor, lesionando su derecho o los derechos de otros. Es la desarmonía en la condición de sujeto de derecho y la desproporción en la condición de miembro de la sociedad.

Si el criterio de igualdad o proporción en lo justo distributivo reside en la relación de la persona respecto de la finalidad del reparto de lo común, la desigualdad o desproporción se produce según el mismo criterio: es la distinción o discriminación arbitraria en relación con la finalidad del reparto. No se trata de equilibrar intereses rivales –como pretende Rawls según se vio–; tal equilibrio no es una cuestión de justicia (pues no se refiere a la satisfacción de derechos), sino –según los casos– de reglas de juego, de negociación o de prudencia política. En la justicia distributiva de lo que se trata es de no desequilibrar o causar desproporción entre derechos iguales relacionados con la finalidad de una distribución.

El acto distributivo injusto se llamaba antiguamente *acepción de personas* y modernamente recibe el nombre de *discriminación injusta* o simplemente *discriminación*[3]. En síntesis, puede decirse que la discriminación injusta no consiste en el trato diferencial, ya que es propio de la justicia distributiva que la cuota de bienes y cargas repartidas no sea siempre cualitativa o cuantitativamente igual (hay casos en que sí). Una vez más hay que poner de relieve que lo justo distributivo reside en la proporción entre los bienes recibidos o las cargas asignadas a cada persona en función de la relación de ésta respecto de la finalidad del reparto. Por lo tanto aquello que constituye la discriminación injusta es la desproporción o desmesura contrarias a la mencionada proporción. La fórmula de la discriminación injusta podría resumirse así: A es a B más que C es a D.

Si dos o más personas reciben bienes o cargas según una medida diferente, pero en proporción a su relación con la finalidad del reparto, de modo que la fórmula de esa proporción sea A es a

3. Sobre la discriminación puede verse, J. HERVADA, *Diez postulados sobre la igualdad jurídica entre el varón y la mujer*, en "Escritos de Derecho Natural" (Pamplona 1986), págs. 595 ss.

B, lo que C es a D, no hay discriminación injusta; la habrá si hay desproporción: A es a B más que C es a D, como acabamos de decir.

e) *Lo injusto conmutativo*. En las relaciones entre iguales, caracterizadas por el respeto al derecho de otro o por el intercambio de cosas, lo injusto (conmutativo) se produce cuando hay un daño al bien ajeno, o cuando se produce el enriquecimiento desproporcionado de un sujeto a costa de otro (viceversa el empobrecimiento desproporcionado).

En primer lugar, lo injusto conmutativo se produce por el daño a la cosa ajena que constituye derecho del damnificado: v. gr. el homicidio, la difamación, el incendio de un inmueble, etc. La desproporción o disarmonía consiste en este caso en la pérdida o disminución de la cosa que es derecho, cuyo respeto es deber del causante del daño. El daño procede de la prepotencia o desmesura del dañador, que viola la condición de sujeto de derecho del damnificado al conculcar su derecho. La relación interpersonal entre el damnificado y el damnificador se desequilibra y desiguala contra derecho, al ser vulnerada la igualdad en dignidad.

En segundo término, lo injusto conmutativo se genera por la desigualdad en identidad, valor, cualidad, cantidad, etc. –según los casos como se vio con anterioridad– entre las cosas dadas y las recibidas (devolución o intercambio). La desigualdad de las cosas implica un tratamiento desigual en la condición de sujeto de derecho –lo hemos dicho ya– y por ende vulnera también la dignidad humana. La desproporción entre las cosas implica la desproporción entre las personas y ahí radica en último término la injusticia.

Lo injusto conmutativo, como todo lo injusto, es un atentado a la dignidad de la persona humana, manifestada en la condición de sujeto de derecho.

10. LOS REQUISITOS DEL ACTO INJUSTO. *a*) Con anterioridad se ha distinguido entre el acto injusto y el hecho dañoso. En relación con esta distinción y en la línea de quitar ambigüedades e imprecisiones a la noción de injusticia y de lo injusto, es oportuno

ahora tratar de aquellos requisitos que son necesarios para que se dé verdaderamente un acto injusto. ¿Qué requisitos debe tener una acción para que pueda ser tildada de injusta? En las páginas anteriores han ido saliendo más o menos incidentalmente esos requisitos; en este apartado es oportuno agruparlos y decir algo más sobre ellos.

Los requisitos del acto injusto son tres: 1º) que cause una efectiva lesión del derecho ajeno; 2º) que sea causa eficaz del daño; y 3º) que sea un acto voluntario y libre.

b) El primer requisito –causar una efectiva lesión del derecho– se deduce de cuanto se ha dicho antes acerca de la noción de injusticia. Una acción sólo es injusta –según se vio– cuando causa una lesión o daño a un derecho. O dicho de otro modo, el acto es injusto cuando efectivamente viola un derecho. Por lo tanto, no son actos injustos aquellos que lesionan aspiraciones o expectativas (v. gr. una posible donación o herencia no formalizadas jurídicamente) o aquellas actividades que causan daños económicos, profesionales o de otro tipo sin lesión del derecho, como puede ser el caso de la competencia comercial no desleal –que puede hundir negocios y empresas– o del abogado que, por más competente, gana una causa con desprestigio para el abogado que la pierde, etc. Tampoco son actos injustos, aquellas acciones inmorales que sólo quebrantan deberes éticos que no son de justicia (v. gr. de gratitud).

¿Puede ser un acto injusto el uso y ejercicio del propio derecho? En principio es evidente que no. El que usa de su derecho está dentro del orden de la justicia, aunque tal uso pueda perjudicar los intereses de otro. Precisamente la justicia implica que cada uno pueda usar de su derecho y ejercerlo; tal es el fruto de un sociedad justa. Si esto es obvio, no es menos obvio que puede existir un abuso del derecho, entendiendo por tal el uso no razonable (que carece de racionalidad o *rationabilitas*). Sin entrar ahora en el tema de la racionalidad del derecho, que veremos ampliamente al estudiar el tema de la norma jurídica, baste decir que un uso del derecho es razonable cuando se mantiene dentro de los límites señalados por la ley, está de acuerdo con la moral, no atenta contra

el bien común y no lesiona los derechos de los demás. Por lo tanto, si un uso del propio derecho lesiona un derecho ajeno, no simples intereses, aspiraciones o expectativas, se trata de un abuso injusto, como es también un abuso injusto, contra la justicia legal, si traspasa los límites y la ordenación marcados por la ley.

Un caso particular de uso no razonable del derecho, lo constituye el uso –de suyo correcto– del propio derecho, mas no para obtener un beneficio para sí, sino con el exclusivo fin de perjudicar al otro. Tal actitud es indudablemente inmoral –por cuanto quebranta el deber de solidaridad y amor al prójimo– y en ese sentido estamos en presencia de un uso no razonable, de un abuso del derecho; pero en principio, cabría dudar de si esa actuación es propiamente injusta por quebranto del derecho ajeno. A ello se puede contestar que si lo perjudicado son simplemente intereses, expectativas o aspiraciones no hay propiamente acto injusto (aunque sí inmoral) y por lo tanto no hay deber de justicia de reparar; sin embargo, si lo lesionado fuesen verdaderos derechos –estaríamos en el caso de una colisión o conflicto de derechos–, la actuación sería en sentido propio injusta, porque se impediría el uso legítimo de un derecho, mediante el abuso de otro derecho, abuso en orden al cual no existe un genuino derecho (luego existiría el deber de reparar).

¿Qué decir, si se contrarían expectativas o aspiraciones, pero mediante actos que son injustos, por dañar otros derechos del perjudicado, v. gr. mediante amenazas, engaño, calumnias, uso de la violencia, etc.? Tal sería el caso de la competencia desleal. En esta hipótesis hay que tener presente que las expectativas o aspiraciones suelen estar fundadas o protegidas por un derecho que se ve atacado con los actos injustos; así, cuando se amenaza al comerciante competidor, se daña su derecho al libre comercio. En consecuencia, contrariar las expectativas o aspiraciones mediante actos injustos suele traspasar tales expectativas o aspiraciones para atacar un derecho, lo cual constituye una injusticia, que se añade a la injusticia propia de dichos actos injustos (lesión a la fama, a la libertad, a la propiedad, etc.). Así al comerciante a quien se coacciona para que cierre su establecimiento con la amenaza de

incendiárselo se le lesiona su derecho al libre comercio, además de amenazar su derecho a la propiedad.

c) El segundo requisito del acto injusto es que sea causa eficaz del daño. En otras palabras, debe existir un nexo causal entre el acto y la lesión del derecho, según las leyes de la naturaleza (causalidad física) o de la actividad humana (causalidad moral). Así, si alguien manipula sustancias explosivas con toda la cautela y todas la medidas de seguridad –según las normas de la actividad humana–, no comete acto injusto si, a pesar de todo, se produce una explosión y daña vidas y bienes; no existe en tal supuesto un verdadero nexo causal entre la conducta humana y el daño que se ha producido. O bien, si se construye una presa con todos los requisitos técnicos –según las leyes de la naturaleza– y por una avenida inopinada e imprevisible se rompe dicha presa, hay en esta hipótesis un accidente o hecho dañoso y no una conducta injusta.

Precisamente por faltar un nexo causal, no realiza una acción injusta quien obra de modo que su conducta resulta ser sólo ocasión no buscada de daño ajeno. Por ejemplo, guardar legalmente un arma en el domicilio propio puede proporcionar la ocasión para que alguien que conviva con el dueño del arma se apodere de ella y cometa un acto injusto, pero no es una conducta injusta de dicho dueño. Ser ocasión no tiene un nexo causal con el acto dañoso, por lo cual no constituye acción injusta.

Que la actuación humana deba ser causa eficaz del daño para constituir un acto injusto no significa que se trate necesariamente de una acción positiva; puede tratarse de una omisión, aunque sólo en el caso de que según las leyes de la actividad humana se establezca el nexo causal entre la omisión y la violación del derecho. Tal ocurre cuando se omite el deber jurídico (por oficio, contrato, etc.) de proteger el derecho ajeno y esta omisión da lugar a una acción lesiva de dicho derecho (v. gr. si la negligencia de un vigilante da ocasión a un hurto). En este caso, según las leyes de la actividad humana, la omisión del deber de protección convierte la ocasión en causa, porque la protección es debida y la desprotección lesiona el derecho que debería protegerse. Según las leyes de la naturaleza la ocasión no es causa (según se vio en líneas

anteriores), pero según las leyes de la conducta humana en estas hipótesis sí lo es (causa moral).

d) El tercer requisito del acto injusto –que sea un acto voluntario y libre– ya se puso de relieve al tratar del elemento formal del acto injusto. Sin acto voluntario y libre puede haber un hecho dañoso, pero no una lesión del derecho, la cual exige, para existir, una actividad propia de las relaciones humanas, esto es, actos voluntarios y libres. Esta dimensión de voluntariedad y libertad es lo que hace que el acto injusto genere responsabilidad y culpa moral.

El acto injusto, como acto voluntario y libre, sigue las reglas propias de la acción humana (los llamados actos humanos), en lo que se refiere al grado de responsabilidad y culpabilidad[4]. Tal grado, pues, está en relación directa con el grado de advertencia y voluntariedad.

La voluntariedad –y la consiguiente dimensión de libertad– del acto injusto se refiere tanto al acto en sí como a su condición de causa de la lesión del derecho, según se advierte fácilmente. Es obvio, después de lo dicho, que si la acción no es de suyo un acto voluntario (defecto de uso de razón) no hay acto injusto ni siquiera material; tal acción no pasa de ser un hecho dañoso. A su vez, si la acción es en sí libre, pero no hay intención contraria al derecho, estamos ante el acto injusto material, que sólo por analogía se llama injusto. En cambio, si la conducta humana es voluntaria, tanto en su condición psicológica como en su dimensión lesiva del derecho, hay acto injusto formal, aunque haya error en la cosa dañada (v. gr. si quien pretende dañar mediante incendio el inmueble de una persona se confunde de edificio) o en la persona (por ejemplo, si el agente injusto cree equivocadamente que el inmueble incendiado es propiedad de la persona a quien quiere dañar); tales errores no impiden la plena voluntariedad de la lesión del derecho efectivamente ocasionada.

4. Para dichas reglas puede verse, J. HERVADA, *Cuatro lecciones de derecho natural*, cit., págs. 50 ss.

e) Finalmente cabe decir que en caso de duda acerca de la existencia de alguno de estos tres requisitos, lo cual da lugar a la duda acerca de si existió el acto injusto, debe aplicarse los principios: "In dubio, pro reo" y "Factum non praesumitur, sed probari debet".

11. LOS AUTORES DEL ACTO INJUSTO. Siguiendo con la tarea iniciada en orden a precisar lo concerniente a la injusticia y a lo injusto, debemos ahora establecer con la máxima exactitud posible quienes son reos de injusticia, o, lo que es lo mismo, quienes son –y por contraste quienes no son– los autores de las acciones injustas.

a) Como regla general –y de acuerdo con lo que antes hemos visto– puede decirse que son autores o coautores del acto injusto todos aquellos sujetos que ejercen una influencia causal en la acción injusta, ya sea realizándola ya sea moviendo eficazmente al autor material. En otras palabras, son autores del acto injusto todos aquellos sujetos que son causa eficaz de la lesión del derecho. Así, pues, la autoría está en el orden de la causalidad física o moral del acto injusto (causalidad según las leyes de la naturaleza o de la actividad humana).

b) Obviamente es autor del acto injusto quien lo ejecuta materialmente o autor material (quien pronuncia la injuria, quien hace el disparo mortal, quien realiza el contrato injusto), sea un sujeto individual, sea un grupo. Generalmente el ejecutor es el autor principal y puede ser el autor único. Mas sucede con cierta frecuencia que la actividad injusta no es un acto solo, sino un proceso concatenado de actos de distintas personas que intervienen en la preparación, en la realización inmediata del acto injusto, o en las operaciones subsiguientes que garantizan el éxito de la actividad injusta. En estos casos, son coautores materiales del acto injusto todos aquellos que participan en el proceso objetivo de la actividad injusta, considerado como una unidad causal; o dicho de otra manera, son coautores materiales cuantos realizan una

actividad que tiene un nexo objetivo con el proceso del acto injusto.

Como la causalidad de la lesión del derecho no es sólo la causalidad física, sino también la moral (según las leyes de la actividad humana), no es sólo autor del acto injusto el autor material. Hay otras formas de autoría y coautoría, de las que hablaremos a continuación.

c) La primera de esas otras formas de coautoría, por su importancia, es la orden o imperio, esto es, cuando quien tiene una función de gobierno o mando –sea en el ámbito público, sea en el ámbito privado– ordena a un subordinado la comisión de un acto injusto. Este imperio puede ejercerse lo mismo a través de normas, que por medio de preceptos u órdenes; la forma que adopte la orden es de suyo indiferente para el aspecto de la cuestión que nos ocupa, pues lo decisivo es que en una relación de subordinación se produzca el acto de imperar un acto injusto.

Respecto de esta hipótesis, dos son las cosas que hay que poner de relieve. En primer lugar, el gobernante o jefe –el sujeto dotado de potestad– es sin género de dudas causa eficaz de la lesión del derecho, pues de él parte la iniciativa y a través de la relación de subordinación mueve eficazmente al ejecutor del acto hacia la lesión del derecho. Por esta posición preeminente y como primera causa de la actividad injusta, quien impera es el autor principal del acto injusto. Él es el primer culpable y por consiguiente el responsable principal. Así, pues, el autor de una norma injusta, ordenada a promover un orden social contrario a los derechos de las personas, o el autor de órdenes tendentes a conculcar derechos son los sujetos primeros y principales de la imputación de los actos injustos realizados por su imperio.

El hecho de que la potestad de quien manda sea legítima (legitimidad de origen), no altera en nada la responsabilidad del que manda, ya que ordenar un acto injusto es abuso de potestad (ilegitimidad de ejercicio); en efecto, la potestad es una *situación jurídica*, pertenece al orden del derecho, que obliga a obedecer por un deber de justicia, por lo que la ilegitimidad a causa de injusticia anula el imperio y no da lugar a un verdadero deber de obediencia.

La orden injusta no representa el ejercicio legítimo de la potestad, por lo cual no está amparada por la legitimidad de origen; es una injusticia culpable.

En segundo término hay que poner de manifiesto que el ejecutor de la orden, en cuanto causa eficaz de la lesión del derecho, es también autor del acto injusto. Si bien no es el autor principal, pues actúa más bien como instrumento del que da la orden, no por eso deja de ser autor del acto injusto, tanto material como formalmente. Que lo sea materialmente es la hipótesis de la que partimos. Que lo es formalmente resulta evidente si advertimos que el ejecutor, además de ser causa eficaz del acto injusto, actúa como agente libre. Su acción es psicológicamente libre (la obediencia a un imperio presupone la libertad psicológica); pero además es jurídicamente libre, por cuanto el acto de imperar la acción injusta es ilegítima y, por lo tanto, no genera ningún deber de obediencia; es más, jurídicamente se origina el deber de desobediencia, por cuanto lo debido es el respeto al derecho que se pretende lesionar con la acción mandada. Por lo tanto, el ejecutor es verdadero autor, culpable y responsable, de la violación del derecho.

Por último hay que decir que, como hemos hecho notar incidentalmente, entre quien impera el acto injusto y el ejecutor se da una relación de instrumentalidad moral; por ello, el imperante es responsable, no sólo del daño causado por el acto injusto, sino también del daño que pueda sufrir el ejecutor en el cumplimiento de lo ordenado.

d) Forma de coautoría, similar a la anterior, resulta ser aquella que se establece por el pacto de mandato (forma corrupta del negocio jurídico de este nombre), en virtud del cual el mandatario se compromete a cometer un acto injusto a cuenta del mandante, a título oneroso o gratuito.

No cabe duda de que el mandante es causa eficaz de la lesión del derecho, pues es el impulsor o motor del acto injusto. Y lo es como impulsor primero, por lo que es el autor principal del acto injusto y como tal es el primer responsable de la injusticia cometida. A su vez el mandatario es también autor de la acción

injusta, lo mismo como autor material, que como agente formalmente injusto, por ser libre su conducta.

Como puede observarse, el supuesto del mandato es muy similar al de la orden o imperio, con pocas diferencias; una de ellas consiste en que el mandante no es responsable de los daños que el cumplimiento del pacto pueda acarrear al mandatario, por cuanto éste asume libremente su cometido con los riesgos inherentes.

e) Una tercera forma de coautoría es la instigación, a la que se asimila el consejo. Tanto la instigación como el consejo operan a través del influjo psicológico que el instigador y el consejero ejercen sobre el ejecutor del acto injusto. Quien instiga o quien aconseja con tal fuerza que mueve eficazmente al ejecutor del acto injusto a cometerlo, es causa eficaz de la lesión del derecho según las leyes propias de la conducta humana, por lo cual es coautor de la acción injusta. Lo que no ocurre si el consejo o la instigación son ineficaces, por cuanto el ejecutor estaba ya enteramente decidido a realizar la acción injusta antes de ser instigado o aconsejado.

En los casos de instigación y consejo el autor principal es el ejecutor, pues acepta libremente la instigación o el consejo y obra bajo su entera responsabilidad; ni la instigación ni el consejo disminuyen la libertad ni la consiguiente responsabilidad. La instigación o el consejo pueden explicar la conducta injusta de un sujeto, pero no la justifican.

Ciertas semejanzas con la instigación y el consejo tiene la que puede llamarse "instigación doctrinal o teórica". Nos referimos a los autores y secuaces intelectuales –y en tal sentido propagadores– de doctrinas y teorías filosóficas, políticas, económicas o sociales que propugnan acciones injustas contra la vida, la propiedad, la igualdad de las razas humanas, etc., es decir, contra los derechos –especialmente los fundamentales, aunque no sólo– de las personas. Tal es el caso, modernamente, del nazismo, el marxismo-leninismo, otras formas de totalitarismo (como el fascismo), el racismo, el feminismo abortista, el capitalismo radical, el liberalismo individualista extremo, las doctrinas de la violencia, etc. No cabe duda de que los seguidores intelectuales de

tales doctrinas injustas influyen –a veces muy poderosamente– en el advenimiento de regímenes políticos injustos y en la comisión de actos injustos. Pero, ¿son coautores en sentido propio del acto injusto? La respuesta es negativa, porque, aunque el influjo ciertamente existe, falta el nexo causal entre la doctrina y el acto injusto. Tal influjo está en el orden de las influencias psicológicas y ambientales que recaen sobre la persona –y en este sentido hay que hablar de una grave responsabilidad moral de los intelectuales de la injusticia–, pero esas influencias no son causa propiamente dicha de la conducta de los hombres; aunque influyen, falta el nexo causal.

Por la misma razón, no constituye una forma de coautoría la emisión de una opinión científica equivocada, lo que podríamos llamar la "proposición u opinión injusta".

f) Es también un caso de coautoría el de quienes con su voto contribuyen a formar la voluntad de un grupo o sujeto colectivo, cuando esta voluntad da lugar a normas, órdenes o resoluciones que se dirigen a la realización de un acto injusto. Así el voto de los diputados de un Parlamento que aprueba una ley injusta, o de las personas que componen un órgano directivo que acuerda la realización de un contrato injusto. Son coautores del acto injusto cuantos dan su voto a favor del acto lesivo del derecho, por cuanto contribuyen positivamente a la formación de la voluntad injusta. Quedan, en cambio, exentos de injusticia los que votaron en contra, los cuales no son responsables de la actividad injusta.

La abstención o el voto en blanco, aunque moralmente puedan ser reprobables (por no oponerse a una injusticia, lo cual es cuando menos un acto de insolidaridad), de suyo no implican coautoría, ya que como máximo proporcionan la ocasión para la realización del acto injusto (si votar en contra hubiese puesto en minoría el voto injusto) y la ocasión, si bien propicia una conducta, no es propiamente causa suya.

A veces, quien tiene función de gobierno o administración –y en consecuencia puede ser autor de una decisión injusta– es un órgano personal, que está vinculado a pedir el voto deliberativo o consultivo de un órgano colectivo. En estos casos, el órgano de

consulta, sin ser el órgano titular de la función, influye decisivamente (voto deliberativo) o puede influir fuertemente (voto consultivo) en la actuación injusta del órgano de gobierno o administración. Pues bien, en la hipótesis del voto deliberativo, los componentes del órgano de consulta que votan por el acto lesivo del derecho son coautores de la decisión injusta, por cuanto su voto vincula al órgano decisorio y les es imputable la decisión injusta. Si el voto es sólo consultivo, el órgano de gobierno o administración permanece libre de seguirlo o no y en consecuencia habrá que estar a la influencia que de hecho tenga el consejo. Si éste mueve eficazmente al órgano decisorio, serán también coautores quienes votaron a favor del consejo injusto.

g) Por último, representa un supuesto de coautoría el consentimiento del superior a la acción injusta de sus subordinados, siempre que se realice en el ámbito de las relaciones de subordinación. Por ejemplo, el jefe militar que consiente los tratos inhumanos de sus subordinados a los prisioneros de guerra, o las acciones paramilitares de tales subordinados contra oponentes políticos. Tal es también el caso del gobernante que consiente en prácticas injustas de los funcionarios, etc.

En cambio, si no hay relación de subordinación no hay coautoría. Así el político que consiente en la corruptela denominada tráfico de influencias no cae en la hipótesis aquí contemplada, sino en la que a continuación analizamos: la cooperación al acto injusto.

12. LA COOPERACIÓN AL ACTO INJUSTO. *a*) Supuesto distinto de la coautoría es la cooperación al acto injusto. Por cooperación entendemos aquí aquella actividad o conducta que apoya, favorece o posibilita el acto injusto, participando en los presupuestos, factores concomitantes o situaciones subsiguientes del acto injusto, sin nexo causal con la lesión del derecho (el acto injusto favorecido o posibilitado no es propio, sino ajeno). Por ejemplo, quien vende el arma al homicida, el impresor de un libelo difamatorio, quien da asilo al autor de un atentado, etc. La cooperación de la que hablamos se tipifica por dos notas: primera, no participar intrín-

secamente del proceso de la actividad injusta, por lo que no tiene nexo causal con la lesión del derecho; segunda, posibilitar, apoyar o ayudar objetivamente al acto injusto, el cual sin la cooperación no sería posible o al menos sería más difícil. Así, v. gr., no habría libelo injurioso ni por tanto injuria, si los directivos de las imprentas o los obreros impresores se negasen a imprimir el libelo. Así también –es otro ejemplo– sin la fabricación y venta de armas de fuego no serían posibles los homicidios o las lesiones producidas con este tipo de armas.

Algunas formas de coautoría y la cooperación tienen de común posibilitar o ayudar objetivamente al acto injusto, pero es necesario no confundir una y otra. Si, por ejemplo, se constituye una banda para cometer un atraco y de ella forma parte un vendedor de armas, cuya misión es proporcionarlas a la banda como contribución suya al atraco, de cuyos resultados va a participar, esto no es cooperación sino coautoría. En cambio, es cooperador quien se limita a vender las armas, sin participar en el grupo delincuente. En el caso de la cooperación, la acción del cooperador no forma parte de la actividad injusta en cuanto tal, lo que ocurre, en cambio, en la coautoría. En suma, lo que caracteriza la cooperación es que el acto injusto sea ajeno, de otro. Por eso resulta incorrecto hablar de una cooperación que es causa de la lesión del derecho; afirmar tal cosa es confundir la cooperación con la autoría.

Para que haya cooperación es preciso que exista una relación objetiva entre la conducta del cooperador y la acción injusta, de modo que se trate de conductas conexas entre sí. Si falta la conexión objetiva no hay propiamente cooperación. Por lo tanto, para que haya cooperación en sentido estricto es necesario que la acción del cooperador se oriente formal o materialmente a la acción del autor del acto injusto. En efecto, en el entramado de las relaciones humanas, las actividades nunca se dan aisladas, pues siempre presuponen las actividades de otros hombres que proporcionan los elementos necesarios para ellas, sin que pueda hablarse de cooperación. Por ejemplo, el escritor que produce una novela, no podría hacerlo sin el trabajo de los que fabrican los elementos para la escritura, sin la actividad de quienes le proporcionan los medios de subsistencia, etc. Y ninguno de ellos es cooperador de

la actividad creativa del artista. De igual modo, la comisión de un acto injusto puede requerir diversos medios: automóviles, herramientas, etc., sin que pueda decirse que los fabricantes del automóvil y de las herramientas utilizadas hayan cooperado en la comisión del acto injusto.

Por eso es preciso distinguir entre la cooperación y el establecimiento de condiciones de posibilidad del acto injusto (*causa materialis disponens*); estas últimas no tienen conexión objetiva con el proceso del acto injusto, ni según las leyes de la naturaleza, ni según las reglas de la actividad humana.

La cooperación contribuye objetivamente a la lesión del derecho; por consiguiente, aun sin ser causa eficaz de ella, representa una conducta injusta, que genera tanto la obligación de reparar en proporción a la contribución al daño, como la culpa y la punibilidad.

b) Las reglas para determinar a quienes hay que considerar como autores de la cooperación del acto injusto son las mismas que para determinar la autoría, pues son reglas comunes para determinar la imputación de las conductas humanas y la consiguiente responsabilidad: quienes ordenan la cooperación, quienes la ejecutan, quienes la instigan y aconsejan eficazmente y quienes prestan su consentimiento o dan su voto a la cooperación.

Por el contrario, no son autores de cooperación quienes están en supuestos que implican un cierto favorecimiento a la acción injusta sin que exista una conexión objetiva con ella: tales son los casos de quien calla ante la comisión de un acto injusto (no reprende, no manifiesta su oposición), quien no lo impide (v. gr. el transeúnte que observa un atraco y no interviene en defensa de la víctima), o quien no lo denuncia. Son casos de omisión, a la cual ya nos hemos referido antes; de acuerdo con lo dicho entonces, si quien omite intervenir tiene obligación de hacerlo por su función o por contrato, entonces es autor de un acto injusto.

c) La cooperación puede ser *formal* o *material*. La cooperación es formal, cuando el cooperador desea con su acción contribuir al acto injusto (su acto es *voluntarium et volitum*). Se llama material

aquella cooperación que se realiza con aversión o repugnancia hacia el acto injusto y por lo tanto pertenece a la categoría de acto voluntario mixto de involuntario (*voluntarium non volitum*)[5]; por ejemplo, la actividad laboral del obrero impresor de un libelo calumniador, que siente aversión a realizar su trabajo por razón de la injusticia, pero lo hace por obedecer al empresario. La cooperación material, por más que, constituyendo un acto no deseado, tenga una voluntariedad atenuada respecto de la cooperación formal, es verdaderamente voluntaria y en consecuencia configura una conducta injusta.

13. SITUACIONES Y ESTRUCTURAS INJUSTAS. *a*) Así como el fruto de la justicia es el orden social justo, en sentido contrario la injusticia genera una dimensión de desorden y disarmonía en la vida social, o, dicho de otro modo, produce la parcial degradación del orden social justo[6].

El desorden injusto (o lesión del derecho) originado por la injusticia puede ser transeúnte o permanente. Y ello lleva a considerar tres supuestos: la acción injusta, las situaciones injustas y las estructuras injustas. Como de la acción injusta ya hemos hablado, a continuación nos referiremos a las situaciones y a las estructuras injustas.

b) ¿Qué es una situación injusta? Una situación injusta es aquella en la que hay una lesión continuada del derecho, dotada de estabilidad. Por ejemplo, la ocupación injusta de una finca con carácter permanente. En este caso no hay un acto injusto aislado, sino una concatenación continua de actos injustos, que se unifican en lo que podemos llamar *situación injusta*.

5. Sobre las distinciones entre lo voluntario y lo involuntario puede verse J. HERVADA, *Cuatro lecciones de derecho natural*, cit., págs. 71 ss.

6. Al hablar de los frutos de la injusticia necesariamente tenemos que hablar de desórdenes parciales; es imposible que exista un completo desorden injusto, pues ello equivaldría a una aniquilación total de la sociedad y de la vida del hombre. Aun las sociedades con fuertes injusticias, se sustentan en lo que tienen de justas. Baste pensar que en una sociedad totalmente injusta nadie respetaría la vida de nadie, lo que llevaría necesariamente a la desaparición de la sociedad.

Lo que caracteriza la situación injusta es, pues, la lesión continuada del derecho. Sin lesión de un verdadero derecho, no hay situación injusta, aunque se trate de situaciones desgraciadas y deplorables. Por lo tanto, la situación injusta supone una relación estable entre el conculcador del derecho y la víctima de la injusticia, con una lesión continuada del derecho.

De acuerdo con lo dicho, no constituye una situación injusta la permanencia del daño por irreparable, si el acto injusto fue transeúnte; si la acción injusta es transeúnte, una vez que se ha satisfecho la compensación o indemnización que corresponda al caso, la relación de deuda nacida del acto injusto desaparece y no hay ya situación injusta, pese a la permanencia del daño. La reparación hace desaparecer la relación de injusticia.

c) Las *estructuras injustas* consisten en la distribución y estratificación de las personas, los grupos y las cosas dentro de un organismo social, de modo que se consoliden unas situaciones injustas. Así, por ejemplo, la distribución de la propiedad que margina a unos sectores sociales, consolidando situaciones de pobreza que lesionan verdaderos derechos –normalmente naturales– de las personas: derecho a la alimentación, a la salud, a la educación, etc. Un régimen político de discriminación racial puede ser otro ejemplo.

Como siempre que está implicada la injusticia, las estructuras injustas sólo son tales si hay una verdadera lesión de derechos concretos y determinados; por lo tanto, se ha de tratar, no de legítimas aspiraciones, sino de derechos vigentes en sentido propio. Pero como sea que las estructuras injustas sólo excepcionalmente lesionan derechos positivos, puede decirse que normalmente las estructuras injustas lesionan derechos naturales. Y con ello, una vez más se pone de relieve la injusticia del positivismo jurídico, que, al negar el derecho natural, se torna ciego ante la gran mayoría de las estructuras injustas, particularmente las más clamorosas y penosas.

d) El principal problema que a la teoría de la justicia –y concretamente al jurista– plantean las estructuras injustas reside en

determinar al autor del acto injusto y en qué medida quienes están favorecidos por las estructuras injustas cometen injusticia formal o al menos material. Por ejemplo, en qué medida los propietarios instalados en una estructura injusta de la propiedad conservan tal derecho –v. gr. en qué medida el marginado que les roba comete verdaderamente un acto injusto– o ellos mismos son injustos usando de su derecho de propiedad.

Para contribuir a resolver este problema pueden darse las siguientes reglas.

1ª) Se han de considerar agentes generadores y consolidativos –autores– de la estructura injusta, quienes la implantaron, sus secuaces y quienes contribuyen a su continuidad por su complicidad. Por lo tanto, son coautores de la estructura injusta, quienes, estando en ella instalados o participando de algún modo de ella, omiten contribuir a que se palien o desaparezcan sus efectos injustos.

2ª) Los agentes generadores y consolidativos de una estructura injusta cometen injusticia, creando o consolidando las situaciones injustas que origina la estructura. Esta injusticia puede ser, según los casos, formal o simplemente material. Tales agentes son, en consecuencia, responsables de las situaciones injustas.

3ª) Paliar o evitar –según las posibilidades al alcance del sujeto– los efectos injustos de una estructura social es un deber de justicia, pues el efecto injusto ataca un derecho, lo lesiona, y es propio del derecho ser una cosa debida con deuda en sentido estricto. Por lo tanto, quien no lo hace, pudiendo hacerlo, comete injusticia.

Así, las situaciones de marginación y discriminación sociales –sin culpa del marginado o del discriminado– deben ser corregidas con la colaboración activa –según diversos grados– de todos los ciudadanos. La falta de colaboración –por insensibilidad, egoísmo, desinterés, inconsciencia o desprecio– manifiesta una voluntad injusta y la persona que actúa de ese modo no se libra de injusticia. En este sentido, puede decirse que nuestras sociedades son injustas, entendiendo por tales no el grupo objetivado, sino las personas singulares y concretas, insensibles a tantos fenómenos de marginación o discriminación.

4ª) La estructura injusta no justifica a las personas que, no pudiendo eliminar la estructura, tienen la posibilidad de paliar o evitar sus efectos injustos y sin embargo no lo hacen. En efecto, la estructura injusta es obra de los hombres, como obra de los hombres son las situaciones injustas producidas por las estructuras. No se trata de una injusticia *objetivada*, obrada por una causa independiente de los hombres; tal estructura objetivada no existe y son los hombres singulares quienes la generan y consolidan. La injusticia es, pues, de los hombres concretos y singulares que dan origen y solidez a la estructura social y son sus cómplices. La existencia de una estructura injusta no priva a sus agentes o cómplices de responsabilidad.

5ª) Quien, no teniendo en sus manos la posibilidad de cambiar la estructura, hace lo posible por amortiguar o evitar sus efectos injustos, no es responsable de injusticia, ni formal, ni material. Así, quien, estando inmerso en un régimen de propiedad que produce marginación, atiende con sus bienes a los marginados, no es personalmente injusto.

6ª) Los "derechos" o "deberes" establecidos por una estructura injusta que de suyo sean injustos, porque su uso, ejercicio o cumplimiento implique necesariamente la lesión del derecho de una o más personas, no son tales derechos ni deberes, ni pueden usarse, ejercerse o cumplirse sin injusticia, que casi siempre será formal. Así, cuando las leyes de discriminación racial otorgan el "derecho" a los ciudadanos de una raza para exigir tal discriminación, cada ejercicio de este "derecho" será un acto injusto. De igual modo, un régimen político injusto que tenga a su servicio cuerpos represivos que lesionan derechos de los ciudadanos, no libra de injusticia al agente que viola esos derechos. Todo ello quiere decir que no se trata de verdaderos derechos, pues resulta imposible que lo injusto sea lo justo (el derecho); tampoco se trata de verdaderos deberes, pues es absurdo pensar que lo injusto pueda ser debido. Como actos formalmente injustos que suelen ser, el uso de tales "derechos" o el cumplimiento de esos "deberes" generarán culpa y por lo tanto punibilidad.

Esta punibilidad sólo puede enervarse por aplicación de los principios de derecho penal *nullum crimen sine lege* y *nulla poena*

sine lege. Lo cual implica una aguda cuestión de no poca importancia y de difícil solución. ¿Qué hacer cuando, cambiada la estructura, se plantea el problema de castigar los actos injustos amparados por un pretendido y falso "derecho" o "deber"? Porque cuando los actos injustos fueron cometidos no eran delitos ante el derecho penal –ni en consecuencia punibles según el derecho positivo–, aunque sin duda fueron graves injusticias e incluso incalificables crímenes. ¿Qué hacer en tal caso?, ¿dejar impunes esos actos, o no aplicar –para castigarlos– el principio de legalidad vigente antes y después del cambio de la estructura? Lo primero aparece como una injusticia para las víctimas y como una renuncia a la justicia punitiva. Lo segundo es, sin género de dudas, una ilegalidad que viola la justicia legal; y, por otra parte, los principios enunciados son altamente beneficiosos, pues, de no aplicarse, fácilmente el sistema penal se transformaría en fuente de injusticias hacia inocentes.

Pues bien, como sea que no es justicia sino venganza la pretendida justicia que viola la justicia legal y, además, por el obvio principio de que es preferible que algunos culpables queden impunes a que un inocente sea castigado, la única solución justa y prudente es mantener inviolados dichos principios de derecho penal. La justicia legal es la base fundamental del orden social, a lo que hay que añadir que la clemencia y el perdón son también altamente beneficiosos para la sociedad.

Para no dejar impunes los actos injustos a los que nos estamos refiriendo –algunos de los cuales pueden ser verdaderos crímenes contra la humanidad– sólo hay una solución justa: que el derecho internacional y el derecho constitucional de cada comunidad política, como expresión de la conciencia jurídica universal y nacional, tipificasen ese tipo de delitos –al igual que tipifican los derechos humanos– y señalasen las correspondientes penas.

7ª) Cuando en una estructura injusta se dan derechos de suyo justos –es decir, verdaderos derechos–, pero establecidos de modo que su régimen genera efectos injustos, tales derechos existen verdaderamente; sin embargo, el régimen de esos derechos debe ser reformado. La reforma puede llegar hasta derogar tales derechos, si no hay otra forma de eliminar la estructura injusta,

dejando siempre a salvo los derechos naturales y los principios de justicia y equidad naturales.

Esta regla puede explicarse a través de un ejemplo. Supongamos un régimen de propiedad fundiaria, que genere en el campesinado fenómenos de marginación. El propietario, por ser titular de un verdadero derecho, es verdadero propietario, de modo que lesionar su derecho constituye un hurto, robo, etc., según los casos. A la vez, hay que tener presente que en este supuesto son de aplicación las reglas 3ª, 4ª y 5ª. Pero, por tratarse de un régimen que genera o consolida unas situaciones injustas, tal régimen debe ser reformado, sin excluir la expropiación forzosa (privación del derecho de propiedad sobre el fundo expropiado); y como se trata de un verdadero derecho, la expropiación requiere la justa indemnización.

e) Después de exponer las reglas anteriores, no resta sino contestar a la pregunta sobre quién tiene el deber de eliminar las estructuras injustas. A ello debemos responder que, de modo más directo e inmediato, tal deber corresponde a quienes sean agentes de las situaciones injustas. Pero en último término, por ser siempre lo injusto una cuestión de justicia legal –además de la lesión a lo justo conmutativo o distributivo que pueda darse– la eliminación de las estructuras injustas corresponde a los responsables del bien común, que son la entera comunidad política y los órganos de gobierno; a una y otros compete esa función de diverso modo y con distintos medios. Puede decirse que eliminar las estructuras injustas corresponde a la iniciativa social de los ciudadanos y sus agrupaciones, a la actividad política y social de la comunidad y a la acción de gobierno. En definitiva, luchar contra las estructuras injustas corresponde, con métodos y formas muy variados, a todos los hombres, en cuanto a todos compete el deber de implantar la justicia y desterrar la injusticia. Y desde luego no se combate la injusticia con acciones injustas, que tan sólo sirven para sustituir unas injusticias por otras.

14. LA REPARACIÓN DE LA LESIÓN DEL DERECHO. *a*) *De la reparación en general. a'*) Según hemos visto repetidamente, el

acto injusto se tipifica por causar una lesión del derecho. Ahora bien, en la lesión del derecho podemos distinguir dos elementos. El principal, aquél en el que consiste primariamente la injusticia, es la ofensa a la condición de sujeto de derecho propia del titular. Ello constituye una ofensa a la dignidad fundamental de la persona humana, tanto considerada individualmente, como unida en una colectividad. La injusticia es un acto de *inimicitia*, de enemistad, contraria a la *amicitia* o solidaridad que es la regla fundamental de las relaciones sociales. Este acto de enemistad o insolidaridad –que rompe el orden interpersonal y social de los hombres– consiste en el menosprecio y violación del deber de respetar el derecho.

A este elemento principal, se une otro que, aun no teniendo la misma principalidad, es igualmente integrante de la lesión del derecho: el daño objetivo producido en los bienes espirituales o materiales del titular del derecho; esto es, en aquellos bienes que constituyen, en cuanto debidos, el derecho del sujeto que sufre la agresión injusta. Como ya dijimos, el primero de estos dos elementos es el elemento formal del acto injusto, siendo el segundo el elemento material. Por consiguiente, la formalidad de la injusticia y de la lesión del derecho reside en la *inimicitia* u ofensa a la condición de sujeto de derecho propia de la víctima o sujeto pasivo de la injusticia.

b') El acto injusto, aunque sea transeúnte, tiene un efecto estable: hace surgir la relación de injusticia –o relación antijurídica– entre el agente injusto (autor o cooperador) y el sujeto pasivo, cuyo fundamento es la lesión del derecho. Se trata de una relación de desorden y disarmonía introducida en el orden social, consistente en la relación de ofensa o *inimicitia* introducida por el agente injusto; esta relación permanece mientras no se restablezca la dimensión justa del orden social, esto es, entretanto no desaparezca la injusticia por el restablecimiento del derecho.

c') El restablecimiento del derecho es una exigencia, un deber de naturaleza jurídica. En efecto, siendo el derecho una cosa debida y consistiendo formalmente la justicia en el respeto y reconocimiento de lo debido –como consecuencia del deber de

respetar y reconocer la condición de sujeto de derecho, esto es, la dignidad humana–, el restablecimiento del orden social justo por el reconocimiento del derecho es algo debido, constituye una deuda en sentido estricto. Sin el restablecimiento del orden social justo, permanece la relación de injusticia.

d') Ahora bien, como sea que formalmente la relación antijurídica consiste en la ofensa a la condición de sujeto de derecho de quien sufre el acto injusto y tal ofensa resulta ser esencialmente la voluntad injusta o desprecio voluntario –la prepotencia–, el restablecimiento del derecho y consiguientemente el restablecimiento del orden social justo se producen por la desaparición de la voluntad injusta y el consiguiente reconocimiento del derecho por parte del agente injusto.

Así, pues, el orden social justo se restablece formalmente por la *conversio* o regeneración del agente injusto, que deponiendo su voluntad prepotente, reconoce al sujeto pasivo su titularidad del derecho lesionado y con ella la plena condición de sujeto de derecho. No se trata, pues, de una simple voluntad de futuro o propósito de no cometer más actos injustos, sino que se trata del reconocimiento de la injusticia cometida por el acto injusto realizado; es una *conversio* en relación con la concreta injusticia cometida.

e') Es evidente que esta *conversio* comporta la voluntad de *reparar* el daño causado, de restablecer al sujeto pasivo en la posesión del bien lesionado o de otro equivalente, restableciendo su patrimonio jurídico, que es la posición justa del sujeto pasivo en el contexto de las relaciones sociales, lesionada por el acto injusto. Es el modo de reconocer y respetar lo debido al titular en relación al derecho lesionado. Supongamos que A ha hurtado a B la cantidad de diez mil pesetas. Reconocer y respetar este derecho de B por parte de A después del hurto, implica la restitución de la cantidad hurtada; así es como B reconoce y respeta a A como titular de las diez mil pesetas.

El restablecimiento del sujeto pasivo del acto injusto en la posesión de su patrimonio jurídico lesionado recibe el nombre de

reparación. Aunque la reparación no es el elemento formal del restablecimiento del orden social justo, es un elemento consecuencial de suyo necesario, de modo que hay que afirmar que el acto injusto origina el deber de reparación.

Aunque es de suyo necesario, el deber de reparar no es absoluto. En efecto, el deber de reparación está sujeto a los condicionamientos propios del orden jurídico y, en concreto, a su posibilidad. Una reparación imposible enerva el deber en la medida de la imposibilidad. De ahí que al establecer el deber de reparación haya que añadir siempre la cláusula "en la medida de lo posible", pues es un axioma que *ad impossibilia nemo tenetur*, nadie está obligado –ningún deber se extiende– a lo imposible física o moralmente. Alcanzada la reparación en su medida de posibilidad, la relación de injusticia desaparece. No hay que olvidar que el deber de reparación no es el elemento formal del restablecimiento del orden social justo, sino sólo una consecuencia necesaria *práctica*, esto es, sometida a las eventualidades y contingencias de la vida social.

b) *La reparación de la justicia legal*. La contravención de la justicia legal consiste en el daño al bien común en aquello que está señalado por las leyes. Por lo tanto, se produce lo injusto legal por no prestar los servicios o no aportar los bienes debidos a la comunidad (v. gr. el fraude fiscal), por causar un daño a la sociedad (por ejemplo, la traición o la destrucción de bienes sociales como la paz o servicios públicos) y, en general, por el incumplimiento de las leyes. La injusticia legal consiste esencialmente –ya se dijo antes– en un fenómeno de rebeldía y ofensa contra la sociedad por una actitud de prepotencia y alzamiento contra ella. Por lo tanto, lo que corresponde a lo injusto legal es la pena o sanción, que castiga y humilla al injusto.

¿Cómo se repara, pues, lo injusto legal? La reparación propia de este tipo de injusto es el cumplimiento de la pena o sanción. La pena, en efecto, coloca al sujeto en una situación de sometimiento y humillación que repara su actitud de prepotencia y rebeldía contra

la comunidad humana[7]. La *conversio* o regeneración del injusto, unida al cumplimiento de la pena, restablece el orden social justo en lo que respecta a la justicia legal.

Respecto de la reparación propia de la justicia legal, la restitución de los bienes dañados –de la que se habla más adelante– apenas tiene lugar, porque muchos de los bienes dañados son de imposible restitución. Sin embargo, el deber de restitución existe cuando todavía el servicio no prestado es de posible cumplimiento (v. gr. cuando quien se sustrajo al servicio militar o servicio civil sustitutorio todavía está en edad de cumplirlo) y cuando se trata de bienes económicamente evaluables.

No deben confundirse las relaciones de justicia legal con ciertas relaciones de justicia conmutativa que pueden existir entre los particulares y el Estado u otros entes públicos. Tales relaciones se rigen por las reglas de lo justo conmutativo. Así, quien causa daños en un edificio de titularidad de un ente público, lesiona la justicia conmutativa y por lo tanto está obligado a la restitución.

c) La reparación de la justicia conmutativa. a') Como se ha dicho, lo injusto conmutativo se caracteriza por el daño al bien ajeno y por el enriquecimiento desproporcionado a costa de otro. En este caso el deber de reparación se satisface con la *restitución* o, si ésta no es posible, con la *compensación*.

Por restitución se entiende la devolución o reintegración del bien dañado o de la ganancia injusta en forma de perfecta igualdad. O dicho de otro modo, consiste en el restablecimiento del patrimonio jurídico del sujeto pasivo del acto injusto según su estado y condición anteriores a la lesión del derecho. Si la relación de igualdad es de identidad, lo restituido debe ser el mismo bien (v. gr., la devolución del coche robado, la restauración de la buena fama, etc.); si es de equivalencia (por ejemplo, si se trata de una compraventa o el préstamo de bienes fungibles), hay que restituir lo equivalente.

7. Vide, V. MATHIEU, *Perchè punire* (Milano 1978); F. D'AGOSTINO, *Las buenas razones de la teoría retributiva de la pena*, en "Persona y Derecho", XI (1984), págs 271 ss.; ID., *La sanzione nell'esperienza giuridica* (Torino 1989).

b') La compensación –o indemnización– aparece en caso de no ser posible la restitución. Consiste en el restablecimiento del patrimonio jurídico del sujeto pasivo mediante bienes análogos o semejantes a los dañados. Y puede ser o compensación justa o compensación equitativa. La compensación justa consiste en la reparación mediante bienes de valor equivalente, que sustituyen a los de imposible restitución; así, quien roba un coche y lo destruye, compensa con compensación justa si devuelve al dueño el precio del coche.

c') La compensación equitativa tiene lugar cuando el bien dañado es de imposible restitución y no es equiparable a otros bienes, de modo que tampoco cabe establecer una relación de equivalencia. En este caso, la compensación o indemnización tiende a paliar en lo posible el daño causado. Por ejemplo, el homicidio causa un daño que no es reparable, ni por restitución ni por compensación justa (no hay bien equivalente a la persona); la indemnización es, en este caso, una compensación equitativa.

d') Tanto la restitución, como la compensación, sea justa, sea equitativa, reparan la injusticia causada y hacen desaparecer la relación antijurídica.

e') La restitución y, en su caso, la compensación tienen la índole de solidarias (*in solidum*) si hay coautoría. Esto es, cada uno de los causantes del daño está obligado a reparar la totalidad, cuando los demás coautores no cumplen su deber. Pero hay que distinguir dos supuestos. Si hay un autor principal –como en el caso del imperio o del mandato– el deber de reparación recae en principio íntegramente sobre él, pues el ejecutor actúa a modo de instrumento suyo; sólo en el caso de que dicho autor principal incumpla el deber de reparación, éste recae sobre el ejecutor.

Si no hay autor principal, los autores o cooperadores tienen la obligación de reparar *pro rata*, es decir, en proporción a su intervención; mas si alguno o algunos no cumplen su deber, los demás están obligados a suplirlos.

f) Si la restitución o la compensación al sujeto que sufrió la injusticia no es posible, no por eso el agente injusto puede quedarse con el fruto de su injusticia. El repudio o arrepentimiento del acto injusto debe llevar al agente injusto a despojarse de lo que no le pertenece por no ser derecho suyo; por lo tanto, si la restitución al sujeto pasivo no es posible, debe proceder a una restitución subsidiaria (entrega a los necesitados, a las obras de interés social, etc.).

d) *La reparación de la justicia distributiva.* En la justicia distributiva, según se vio, el derecho del miembro se refiere a la justa distribución de los bienes o cargas comunes, esto es, a que los órganos de la comunidad o colectividad sigan criterios de igualdad proporcional en el paso de los bienes comunes a la esfera particular. Es ahora el momento de especificar más, distinguiendo dos supuestos: 1º) cuando el criterio de distribución está determinado por ley, costumbre o contrato; 2º) cuando dicho criterio no está determinado y, por lo tanto, hay un cierto margen de discrecionalidad.

En el primer caso, la determinación del criterio configura y determina lo justo, la cosa justa y, por lo tanto, la parte proporcional es derecho estricto del recipiendario del reparto. No sólo es derecho suyo que se sigan criterios de igualdad, sino también la parte a repartir. Así, si se señala que los beneficios repartibles en una sociedad de fin lucrativo es la cantidad X y que el reparto será proporcional a la participación en el capital, la cantidad resultante para cada socio es derecho suyo en sentido estricto. En esto casos, lo injusto distributivo genera el deber de restitución o de compensación. Por ejemplo, una vez determinada la cantidad a pagar en concepto de impuestos, el órgano de la Administración que cobre cantidades superiores tiene el estricto deber de devolver el exceso al contribuyente; a su vez, el contribuyente que defrauda está obligado a restituir lo defraudado.

En el segundo caso –cuando la cosa a recibir está indeterminada–, sólo hay derecho estricto al trato igual, pues lo percibible no está todavía configurado como derecho o deber en sentido estricto. Por ejemplo, antes de determinar la cantidad a pagar por

impuestos, existe el derecho de los contribuyentes al trato igual, pero ninguna cantidad es todavía deber de los contribuyentes; si en estas circunstancias la determinación de los impuestos resultase injusta por razón del trato desigual, lo que la injusticia distributiva lesiona es ese derecho al trato igual, mas no es determinable qué cantidad sería la justa, pues la cantidad justa sigue indeterminada; por lo tanto no está constituido el deber concreto del contribuyente ni el derecho de la Administración: no existen todavía en estado de determinación el derecho y el deber concretos que constituyen la cantidad justa a pagar. No hay propiamente una lesión determinada fuera de la lesión del derecho al trato igual.

En el supuesto de indeterminación, la restitución es imposible por no haber determinación de lo lesionado. Tampoco cabe la compensación en sentido estricto, por la misma razón. En consecuencia, la reparación de la lesión del derecho se realiza a través de medidas que creen una situación favorable a quienes fueron objeto de injusticia distributiva, de modo que cuanto antes se supere la injusta situación desfavorable en la que fueron puestos. Se trata, pues, de poner en práctica aquellas medidas de favor que permitan compensar la situación desfavorable hasta alcanzar la igualdad justa.

Sería un error pretender que estas medidas de favor constituyan una discriminación injusta. La discriminación es injusta si lesiona la igualdad propia de la justicia distributiva; es justa si, partiendo de una desigualdad injusta, tiende a alcanzar la igualdad justa, como es obvio.

15. REPARACIÓN Y RESPONSABILIDAD. *a*) La injusticia, según hemos visto, lleva consigo el deber de reparar. Este deber se funda en la relación de injusticia y es la forma con que aparece el deber de justicia de dar a cada uno lo suyo cuando se produce una lesión del derecho. Porque el derecho es lo debido, la lesión del derecho exige la reparación. Por lo tanto, la reparación es inherente a aquellas relaciones personales –de persona a persona– en las que el derecho es el fundamento de la relación; es decir, la reparación es inherente a las relaciones jurídicas, violadas por la acción injusta. En otras palabras, la lesión del derecho engendra *responsabilidad*.

Quien ha lesionado el derecho ha de responder del daño causado, mediante la reparación justa o, en su caso, equitativa.

b) La responsabilidad u obligación de reparar descansa, en su radicalidad, en una dimensión inherente a la persona: la libertad. Por ser libre, los actos de la persona son originales suyos –no dados o puestos por fuerzas o instintos– y en consecuencia ella es la causa original de sus actos. Por ello, los efectos de sus actos le son atribuidos en cuanto queridos y realizados conscientemente, pues el origen y raíz de tales efectos está en la persona. Como origen y causa original del daño, la persona está obligada a reparar, en virtud de su obligación o deber de satisfacer y cumplir el derecho.

c) Ello nos indica que la responsabilidad se genera por la acción injusta, formal o material. Sin acción injusta, que requiere voluntariedad –acto humano–, no hay responsabilidad propiamente dicha. Cuando el hombre lesiona un bien ajeno por mero accidente –sin injusticia, ni siquiera material– no puede hablarse de responsabilidad, pues falla el supuesto básico de ésta: que el acto tenga por causa original la persona y que lesione una relación de derecho.

Mientras en el caso de la injusticia el injusto, como ser libre, es causa original de la lesión del derecho y, por lo tanto, es responsable, cuando lo que existe es un mero accidente, el daño no es imputable a un agente libre y responsable –aunque se trate de un agente humano–, por lo cual no hay responsabilidad; es aquí de aplicación el aforismo *res perit domino*, la cosa perece para su dueño.

d) Modernamente, sin embargo, no faltan voces que se inclinan por la llamada *responsabilidad objetiva*. Sustancialmente se afirma que quien ha causado un daño objetivo a un bien, debe estar obligado a la correspondiente reparación o indemnización a la víctima, con independencia de que el daño causado sea voluntario (acción injusta) o involuntario (mero accidente). Se trata, en

definitiva, de que la víctima del daño no sufra las consecuencias de la acción dañosa de otra persona.

Este tipo de tesis, pese a su aparente índole beneficiosa, encierra una injustica, porque impone al causante del daño accidental una obligación que no le es propia. Por una parte, la responsabilidad sólo es inherente a los actos libres y voluntarios de la persona; si no hay libertad y voluntariedad –acto humano– no puede haber responsabilidad, la cual es una dimensión exclusiva del acto libre. Por otra parte, lo que genera responsabilidad no es el daño a la cosa considerado en sí mismo, sino la lesión del derecho, que implica un menosprecio a la condición de sujeto de derecho que es propia del dañado; este menosprecio es, como ya se ha dicho, lo más esencial de la acción injusta y lo que genera el deber de reparación o responsabilidad. Si falta este elemento fundamental de la injusticia, no se da aquella lesión que genera la responsabilidad. Para que exista responsabilidad es necesario que el daño se produzca en el seno de una relación jurídica o de justicia –lesión del derecho–, respecto de la cual existe el débito o deber; si el daño se produce fuera de una relación jurídica –como es el caso del mero accidente– no hay el débito o deber que es fundamento de reparación.

El intento de que la víctima no sufra las consecuencias del daño accidental es, sin duda, una actitud no sólo aceptable sino que debe ser acogida sin reservas, pues constituye una de las tendencias beneficiosas del progreso social y un signo y una exigencia de solidaridad. Pero la solución no es la responsabilidad objetiva, que constituye un cierto primitivismo jurídico al imputar a agentes no libres lo propio de los agentes libres. El resultado intentado debe buscarse otras vías, v. gr. sistemas de ayudas sociales a los damnificados.

16. EL DERECHO INJUSTO. Bajo el rótulo de "derecho injusto" los autores suelen tratar el tema de la norma o ley injustas. De este tema también nos ocuparemos en la lección dedicada a la norma jurídica. Pero ahora no es éste el asunto del que vamos a hablar, sino del derecho en sentido realista: la cosa, corporal o incorporal, atribuida a un sujeto, que le es debida con deuda en sentido

estricto. En otras palabras, vamos a tratar del derecho en sentido primario y, por derivación implícita, del derecho subjetivo.

La cuestión puede plantearse en estos términos: ¿es derecho el derecho injusto? O, en otras palabras: ¿cabe hablar de un derecho injusto? Una vez hemos visto detenidamente qué es la justicia, qué es el derecho y qué es la injusticia, la respuesta a esas preguntas es por demás sencilla e incluso puede calificarse de evidente.

Ante todo debemos dejar establecido a qué podemos llamar derecho injusto. Dos cosas pueden revestir la forma de derecho injusto: a) tener atribuida como derecho la lesión de un derecho ajeno o facultad de lesionar derechos de otros; v. gr. el derecho de abortar o de discriminar a las personas de una raza que se considera inferior, o privar de libertad a un oponente político, etc. b) Tener atribuido como derecho la cosa que es verdadero derecho de otro; por ejemplo, tener atribuido en propiedad un bien cuyo legítimo propietario es otro. En cualquiera de los dos casos el derecho es injusto.

Pero, ¿qué quiere decir injusto? Es obvio que si un derecho se puede calificar de injusto es porque lesiona un verdadero derecho ajeno. De otro modo no cabe hablar –lo hemos visto repetidamente y no es del caso insistir sobre ello– ni de injusticia ni de injusto. En consecuencia, de lo que estamos tratando es de la posición o estatuto de un sujeto que, en relación con una cosa, produce la apariencia de un derecho o, en otras palabras, la fenomenología de una situación jurídica: la relación de atribución de una cosa como debida. Luego la forma exterior es de derecho, pero ¿es sustancialmente derecho?

Para que fuese derecho sería necesario, por definición, que fuese *objeto de la justicia*. Pero si la justicia consiste en la satisfacción y cumplimiento del derecho, a la vez que la injusticia consiste en lesionar un derecho, el llamado derecho injusto no es objeto de la justicia, sino objeto de la injusticia (por eso se le llama injusto). El derecho injusto constituye una lesión del derecho, lo que es contradictorio con ser derecho, pues, como vimos, la injusticia contraría la justicia y la lesión del derecho es lo contrario al derecho. El "derecho injusto" es lo opuesto a un derecho: no es, pues, derecho.

Por lo demás, si el derecho es *lo justo* y la lesión del derecho es *lo injusto*, ¿cómo hablar de *lo justo injusto*? La expresión "derecho injusto" es una contradicción en los términos.

En consecuencia, el uso y ejercicio del derecho injusto es un acto injusto, que genera reato de culpa y reato de pena, juntamente con el deber de reparación del daño.

BIBLIOGRAFÍA

Puede servir para esta lección la bibliografía citada en la lección V.

LECCIÓN VIII

LA NORMA JURÍDICA

SUMARIO: 1. Cuestión terminológica previa. 2. La perspectiva específica del tratado de la norma. 3. La norma y el derecho. 4. Funciones de la norma. 5. Una consecuencia metodológica. 6. La definición de la norma jurídica. 7. Naturaleza de la norma jurídica. 8. La índole jurídica de la norma. 9. Doctrinas sobre la función de la razón y de la voluntad en la constitución de la norma. *a*) *Planteamiento.* *b*) *Posiciones doctrinales.* 10. Razón y voluntad en la génesis de la norma. *a*) *La racionalidad como regla del obrar.* *b*) *La función de ordenar.* *c*) *El acto de imperio.* *d*) *El carácter vinculante de la norma.* *e*) *La causa de la norma como acto jurídico.* *f*) *Razón y voluntad en la norma jurídica.* 11. La racionalidad de la norma. 12. La racionalidad práctica. 13. La caracterización filosófica de la norma. 14. La norma irracional. 15. La norma injusta. 16. El autor de la norma. 17. Los momentos del derecho. 18. La ley. *a*) *Noción.* *b*) *Estructura de la sociedad.* *c*) *Funciones.* *d*) *Índole social.* *e*) *Finalidad.* *f*) *Sujeto capaz de recibir leyes.* *g*) *El legislador.* *h*) *La nota de generalidad.* *i*) *Promulgación.* *j*) *El lenguaje de la ley.* *k*) *La obligatoriedad de la ley.* *l*) *Ley y coacción.* *m*) *Validez y eficacia de la ley.* 19. La norma singular. 20. La costumbre. *a*) *Introducción.* *b*) *Noción.* *c*) *Fuerza obligatoria.* *d*) *Intencionalidad jurídica.* *e*) *Comunidad capaz de introducir costumbres.* *f*) *Formalización.* *g*) *Relación con la ley.* *h*) *Racionalidad.* *i*) *Costumbre y democracia.* 21. El pacto o ley acordada. *a*) *Tratados internacionales.* *b*) *El convenio social.* *c*) *El pacto y la ley.* 22. La sentencia judicial. 23. Los actos jurídicos de la iniciativa privada. 24. El ordenamiento jurídico o sistema de derecho. 25. Moral y derecho (breves anotaciones). *a*) *Introducción.* *b*) *Naturaleza de las cosas y naturaleza de las ciencias.* *c*) *La realidad moral.* *d*) *Las ciencias de la realidad moral.* *e*) *Ley y comportamiento moral.*

1. CUESTIÓN TERMINOLÓGICA PREVIA. *a*) Tema de notable importancia para la filosofía del derecho es el de la ley (el clásico *de legibus*) o –con términos modernos– el de la norma jurídica. Materia ésta que aparece como central para quienes identifican el derecho con la ley o norma[1]; no tan central, en cambio, si esa identificación se rechaza[2]. Pero, en cualquier caso, no es concebible un tratado de filosofía del derecho sin una amplia referencia a la norma jurídica. Sobre este argumento va a versar la presente lección. Y como sea que ante todo hay una cuestión terminológica, expongámosla brevemente, con el fin de aclarar y dar seguridad al lenguaje que empleamos.

La cuestión terminológica aludida puede plantearse en estos escuetos términos: en un tratamiento filosófico, ¿qué es preferible por más adecuado, usar el clásico vocablo *ley* o utilizar la moderna dicción *norma*? De modo general puede afirmarse que la voz *ley* responde a la tradición secular, desde Grecia (*nómos*) y Roma (*lex*), con continuadores cercanos a nosotros; y en cambio la palabra *norma* es la preferida sobre todo a partir de mediados del siglo XIX.

b) Desde la antigüedad hasta el siglo pasado fue común utilizar el término *ley* (*nómos*, *lex*) para referirse a las reglas o normas de derecho, de suerte que el tratado filosófico y jurídico de las reglas de derecho fue un tratado *de legibus*[3]. Todavía en épocas relativamente recientes, ha habido autores –filósofos del derecho[4], mora-

1. Especialmente para aquellos que, bajo la influencia de la filosofía analítica, reducen el estudio del derecho al análisis del lenguaje. Vide, p. e., C. S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, cit.

2. Lo cual llega a sus extremos en Villey, que apenas concede estatuto jurídico a la ley. Cfr. su *Compendio de Filosofía del Derecho*, I, cit., págs. 76 s.

3. Clásicos son el diálogo sobre *Las Leyes* de Platón o el tratado *De legibus* de Cicerón. No menos clásicas resultan la parte *de lege* que Tomás de Aquino incluyó en su *Summa Theologica* (I-II, qq. 90 ss.), o la obra *De legibus* de Suárez. Incluso tratados que se titulan *De Iustitia et Iure*, como el de Domingo de Soto, comienzan con una sección *de legibus*.

4. Aunque aparezca eventualmente la palabra norma, contienen un tratado de las leyes obras como la de M. SANCHO IZQUIERDO, *Principios de Derecho Natural*, 5ª ed. (Zaragoza 1955), págs. 177 ss.; ID., *Lecciones de Derecho Natural*, I (Pamplona 1966), págs. 97 ss.

listas[5] y juristas[6]– que han usado preferentemente el nombre de *ley* para referirse a la regla de derecho.

De modo más implícito que explícito, en este contexto la dicción *ley* se ha tomado en varios sentidos: 1º) En un sentido general, la ley ha significado lo mismo que norma o regla de derecho –también regla de la justicia–, abarcando en tal caso a todo tipo de norma jurídica. Así se habló tanto de *lex publica* (la norma emanada del poder público) como de *lex privata* (la norma procedente del contrato)[7], no siendo de extrañar que *lex* significase por extensión pacto o convenio[8] y que al contrato se le haya llamado –y se le siga llamando aún modernamente– ley entre las partes[9]. 2º) Con un significado más restringido, *ley* se ha usado como norma jurídica de origen público, bien procedente de los órganos del poder (*lex scripta*), bien de origen consuetudinario (*lex non scripta*)[10]. 3º) En su sentido principal la palabra *ley* ha denominado la norma escrita dada por el poder público, distinguiéndose entonces, no sólo de la *lex privata*, sino también de la

5. Por ejemplo, L. RODRIGO, *Tractatus de Legibus* (Santander 1944).

6. Así muchos canonistas. Todavía en 1984 podía escribir Lombardía que "el término norma tiene escasa tradición canónica" (*Lecciones de Derecho Canónico*, Madrid 1984, pág. 150). A pesar de que el Código de Derecho Canónico de 1917 se abría con un libro titulado "Normas generales" –*Normae generales*– los canonistas han usado preferentemente el término ley. Vide, por ejemplo, G. MICHIELS, *Normae generales Iuris Canonici*, 2ª ed. (Tornaci 1949); A. VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis* (Mechliniae 1930). En el ámbito de la ciencia canónica la sustitución de ese término por el de norma –como denominación genérica de la regla de derecho– ha sido obra de algunos canonistas italianos (v. gr. V. DEL GIUDICE, *Nociones de Derecho Canónico*, 2ª ed. castellana. Pamplona 1964) y españoles (como el citado Lombardía).

7. Para el derecho romano, vide E. WEISS, voz *Lex* de la *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumschaft*, XII/2 (Stuttgart 1925), cols. 2315 ss. Estas denominaciones se encuentran también en autores medievales y posteriores.

8. Cfr. AE. FORCELLINI, *Totius Latinitatis Lexicon*, 3ª ed., II (Patavii 1879), voz *lex*; CH. T. LEWIS-CH. SHORT, *A Latin Dictionary*, cit., voz *lex*.

9. Véase, por ejemplo, el art. 1091 del Código Civil español: "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos".

10. "Lex est constitutio scripta. Mos est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta. Nam lex a legendo vocata, quia scripta est". S. ISIDORO DE SEVILLA, *Etym.*, V, III.

costumbre o *mos* (también llamada *consuetudo*)[11]. 4º) Ya en tiempos más cercanos a nosotros, con la introducción de la jerarquía de normas, la ley –en un sentido técnico-jurídico, poco usado en filosofía del derecho (por escasamente útil)– significa un tipo de normas jurídicas que, dotadas de unos requisitos formales específicos, poseen un valor superior al resto de la normativa jurídica[12].

Por otra parte, ya desde la Antigüedad, *ley*, si bien significó primordialmente norma de conducta humana[13], se extendió a las reglas de las diversas artes[14] y a las fuerzas constantes de la Naturaleza[15] (leyes físicas, biológicas e instintivas)[16], dando lugar a que se haya distinguido entre *leyes naturales*, *leyes del arte* o *técnicas* y *leyes morales*, provocando consiguientemente diversas

11. "Omne autem ius legibus et moribus constat". *Decretum Gratiani*, I, I, II.

12. Véase, por ejemplo, L. DÍEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, 5ª ed. (Madrid 1987), págs. 112 s.

13. Así se deduce de sus significaciones originarias. En cuanto a *nómos*, el primer significado parece haber sido el de "parte que se atribuye a cada uno en un reparto", derivando hacia "lo que se posee o se usa"; de ahí pasó a designar la costumbre (o norma tradicional recibida de los *maiores*), la ley y, en general, regla de conducta humana con fuerza de obligar, prescripción, precepto... Cfr. A. BAILLY, *Dictionnaire grec-français*, cit., pág. 1332.

Respecto de *lex*, las tres etimologías que se han establecido señalan como sentido originario el de prescripción obligatoria de la conducta humana. Estas etimologías son: a) *Lex* viene de las raíces sánscritas *lag-*, *lig-*, atar, ligar, del latín *ligo, are*, o sea regla obligatoria (ley en sentido jurídico); cfr. CH. T. LEWIS-CH. SHORT, ob. cit., pág. 1055 y entre los antiguos TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, I-II, q. 90, a. 1. b) *Lex* procede de *legendo*, leer, porque la ley es regla escrita; cfr. AE. FORCELLINI, ob. cit., II, pág. 897. c) *Lex* procede de *eligendo*, elegir; cfr. CICERÓN, *De legibus*, I, 6.

14. Para *nómos* véase, por ejemplo, el diálogo *Minos* atribuido a Platón.

15. Para *lex* cfr. las obras de Forcellini y Lewis-Short ya citadas. Véase también el diálogo *Minos* de Platón.

16. Sobre los diversos sentidos del término ley pueden verse, R. JOLIVET, *Diccionario de filosofía* (Buenos Aires 1978), voz *ley*; A. LALANDE, *Vocabulario técnico y crítico de la filosofía*, ed. castellana (Buenos Aires 1953), voz *ley*; A. MILLÁN PUELLES, *Léxico filosófico* (Madrid 1984), voz *ley*.

clasificaciones de los sentidos del término *ley*[17]. Algunos autores modernos consideran que todos estos sentidos son análogos[18].

De todos estos significados, el sentido originario de *ley* fue el indicado de norma jurídica y para los mejores clásicos el término *ley* fue referido primordialmente a la norma de la conducta humana. Así, Tomás de Aquino escribió que –por ser la ley algo que pertenece a la razón– sólo es propiamente ley la del ser libre (leyes morales), de forma que las leyes naturales son fuerzas o impulsos que tan sólo impropiamente pueden llamarse leyes, por cierta similitud (lo que podría dar lugar a aplicar la analogía)[19]; y Suárez entendió que el uso de la palabra *ley* para designar las fuerzas e instintos naturales es una metáfora[20]. Según esto, *ley* sería término propio de las ciencias morales (ciencias de los actos humanos).

c) La sustitución de la palabra *ley* por la de norma procede de una inversión moderna de la tesis clásica a la que acabamos de aludir: la *ley* sería palabra más propia de las ciencias de la Naturaleza, mientras que *norma* sería el término apropiado para las ciencias morales (Etica y Derecho)[21]. Exponiendo los hechos con brevedad, sea suficiente decir que las corrientes filosóficas de los siglos XVII y XVIII, al intentar una construcción cientifista de la moral y del derecho, dieron lugar a una cierta equiparación entre las leyes naturales y las leyes morales (las propias de la conducta humana), de modo que en ese contexto adquirió prevalencia el sentido de la palabra *ley* como ley de la Naturaleza. Al reaccionar

17. Al respecto pueden consultarse, entre otros, L. SUÁREZ, ob. cit., lib. I, cap. 1, n. 2; A. VAN HOVE, ob. cit., pág. 83.

18. Vide, por ejemplo, G. KALINOWSKI, *La pluralité ontique en philosophie du droit. L'application de la théorie de l'analogie a l'ontologie juridique*, en "Revue Philosophique de Louvain", LXIV (1966), págs. 276 ss.; O. LIRA, *Analogía de la ley*, en "Philosophica", II/III (1979-80), págs. 110 ss.; C. I. MASSINI, *Una contribución contemporánea a la filosofía de la ley: las investigaciones de Georges Kalinowski*, en "Persona y Derecho", XV (1986), págs. 197 ss.

19. *Summa Theologica*, I-II, q. 91, a. 2, ad. 3.

20. Ob. y loc. ult. cits.

21. Vide P. AMSELEK, *Norme et loi*, en "Archives de Philosophie du Droit", XXV (1980), págs. 89 ss.

contra esta equiparación, se intentó resaltar la diferencia entre las leyes de la Naturaleza y las leyes de la cultura (arte, moral, derecho), utilizando para ello la distinción entre leyes naturales y leyes normativas o simplemente normas[22]. Así, en el lenguaje filosófico, *ley* designaría las leyes de la naturaleza o, desde otro punto de vista, las leyes científicas, mientras que norma significaría las reglas de la acción humana.

Desde esa perspectiva puede advertirse en los autores una doble noción de *norma*. 1ª) En la lógica del lenguaje y en la filosofía jurídica influida por la filosofía analítica, se suele usar un concepto amplio, que abarca todos los casos de lenguaje prescriptivo o directivo: reglas del juego (reglas definitorias o determinativas), reglas técnicas (directivas) y prescripciones (lenguaje deóntico)[23]. 2ª) En autores de otras orientaciones, la noción de *norma* se restringe a la regla de la conducta humana moral (norma moral, norma jurídica): regla con fuerza de obligar[24] o regla que prescribe un deber[25].

d) La distinción entre ley y norma, en los términos modernos a los que acabamos de aludir, sólo tiene sentido en unos ámbitos filosóficos circunscritos y obedece a una evolución del lenguaje dentro de dichos ámbitos particulares, que no responde a las necesidades de conceptualización de otras formas de pensamiento, ni es adecuado a la realidad jurídica. Ceñir el término *ley* a las leyes de la naturaleza choca directamente con el significado originario y más propio de la palabra *ley*, que sólo se aplicó a las

22. Puede verse al respecto el escrito *Normas y leyes naturales*, fechado en 1882, de W. Windelband, en *Preludios filosóficos*, ed. castellana (Buenos Aires 1949), págs. 257 ss.

Con anterioridad la escuela kantiana había establecido la clara distinción entre *müssen* o necesidad natural y *sollen* u obligación del ser libre, hablando de leyes del *müssen* (*Gesetzes des Müssen*) y leyes del *sollen* (*Gesetzes des Sollen*). Cfr. F. CARPINTERO, *La Cabeza de Jano* (Cádiz 1989), págs. 22 s.

23. Vide, por ejemplo, G. H. VON WRIGHT, *Norma y acción*, ed. castellana (Madrid 1970).

24. Cfr. TH. STERNBERG, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, cit., pág. 12.

25. R. PRECIADO HERNÁNDEZ, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, cit., pág. 78.

fuerzas e instintos naturales por semejanza y metafóricamente, y es la designación más adecuada, corriente y normal de la norma jurídica más típica e importante: la norma procedente del poder público. Si algo es el vocablo *ley*, justamente es lenguaje jurídico. Los errores de una parte de la filosofía moderna no se salvan con una inversión tan brusca y antinatural de la significación de los términos.

Por otra parte, la noción amplia de *norma* no responde a una conceptualización adecuada. Si por concepto entendemos –como es correcto– la idea del ente abstraída de la realidad, tal noción de *norma* está mal construida, porque el conjunto de reglas que en ella se incluye es heterogéneo: las reglas del juego, las reglas técnicas y las normas deónticas son esencialmente distintas. No son normas en el mismo sentido; el elemento directivo "debe hacerse" es –en comparación de unas con otras– equívoco o a lo sumo análogo con analogía de proporcionalidad impropia o metafórica. La similitud entre los tipos de reglas que se incluyen en la noción amplia es externa y de lenguaje, por lo cual su asimilación es puramente lingüística.

Como sea que la filosofía analítica niega la verdad de los conceptos –o correspondencia entre el concepto y lo real–, entendiendo que la inteligencia no capta lo íntimo o esencial de los seres, sino sólo el lenguaje y su uso[26], incluye en un término –norma– las reglas que tienen en común la dicción "debe hacerse" o equivalente. Pero tal cosa no es un concepto o noción, sino una unidad lingüística, sin apenas utilidad para el pensamiento filosófico. Más que filosofía, esto es filología[27]. El uso de *norma* en lugar de *ley* ha de obedecer a otros motivos. Veámoslo.

26. Vide, por ejemplo, C. S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, cit., págs. 11 ss. Dentro de la filosofía analítica hay excepciones, como Frege, Anscombe y Geach.

27. El punto de partida de los analíticos es falso, pues niega a la inteligencia su capacidad fundamental –conocer lo último de la realidad–, por lo que incurre en lo que cae todo pensamiento antimetafísico: en una ceguera voluntaria. No es de extrañar que las obras de los analíticos estén tan llenas de ingenio como filosóficamente vacías de sustancia. Son juegos intelectuales, sin verdaderas aportaciones al conocimiento del derecho.

e) La doctrina clásica, que no distingue entre *norma* y *ley* y utiliza sólo esta última palabra, tiene el inconveniente de prestarse a confusiones por causa de los distintos significados de *ley*. No siempre es claro cuál es el sentido usado y con facilidad se pasa de uno a otro significado ocasionando equívocos. Además, en cierto modo dificulta la construcción de una teoría general de la regla jurídica y el estudio filosófico de ésta; fácilmente puede advertirse que el tratado filosófico *de legibus* se centra en la ley escrita, sin incluir lo que de común tienen, como regla de derecho, la costumbre y la norma singular; falta la teoría de la norma, lo cual es una indudable laguna.

Para la filosofía del derecho, el interés de la distinción entre norma y ley reside en poder designar con términos distintos el género y la especie. La norma señala el género y la ley, la especie. Por consiguiente, *norma* designa la regla de derecho en general –toda regla jurídica es norma–; mientras que *ley* es una especie de norma: la regla de derecho que procede del poder público.

Tratemos ahora de fijar ciertos caracteres de la noción de *norma*, según corresponde concebirla en el plano de la filosofía del derecho.

f) Uno de los rasgos distintivos de las ciencias –lo hemos dicho varias veces– es su modo propio y peculiar de conceptualización. Cada ciencia posee su sistema de conceptos, que expresan lo real visto desde la perspectiva formal de su respectiva ciencia, por lo que se trata de conceptos relativos. En consecuencia, el concepto de *norma* que elabora la filosofía del derecho se refiere a las reglas jurídicas –no a otro tipo de reglas–, y representa el concepto de norma jurídica en general. La comprensión del concepto de *norma* ha de contener aquellos rasgos que son comunes a toda norma jurídica y sólo a ellas.

Por otra parte, los conceptos de *norma* y de *ley* que abstrae la filosofía del derecho no equivalen necesariamente –al contrario, es normal que sean diferentes de modo parcial– a los que son propios de otras ciencias –como la filosofía política– o a otros niveles del conocimiento jurídico (como la ciencia jurídica o nivel científico-técnico). Por eso, no puede extrañar que no haya plena corres-

pondencia entre el concepto filosófico y la noción técnico-jurídica de *ley*; o que para la filosofía jurídica la *norma* tenga rasgos identificadores que no coinciden con los rasgos típicos que ve en ella la filosofía política.

Al respecto, haremos a continuación algunas observaciones.

2. LA PERSPECTIVA ESPECÍFICA DEL TRATADO DE LA NORMA. *a*) Antes de entrar a estudiar la norma jurídica resulta oportuno establecer cuál es la perspectiva desde la cual la filosofía del derecho accede a la contemplación de ella. No ha de considerarse esto ocioso, porque, confundida a veces la filosofía jurídica con la filosofía social y política o con la filosofía moral, no es infrecuente que lo que se ofrece como filosofía jurídica de la norma (o de la ley) sea en realidad filosofía política o filosofía moral.

Como sea que toda realidad es estudiada desde distintas perspectivas por las diferentes ciencias, no escapa la norma jurídica a este hecho. La norma jurídica tiene tres funciones principales: política (ordenación de la sociedad), moral (regla de conducta personal) y jurídica (regla del derecho). Y de acuerdo con estas tres funciones es contemplada filosóficamente por tres sectores de la filosofía: la filosofía política, la filosofía moral y la filosofía del derecho.

b) La filosofía política se interesa por la norma jurídica, porque la norma por excelencia, que es la ley, es ante todo una realidad política, obra de los políticos, cuya finalidad primaria es ordenar la sociedad, organizar la vida en sociedad, de acuerdo con el modelo político y social instaurado o en vías de instauración. En este sentido, la ley es regla social de conducta, regla de orden de la comunidad política, que tiende a regular las conductas de los ciudadanos en orden al desenvolvimiento adecuado de la vida política y social. La ley aparece fundamentalmente como lo que es de modo primario: regla social de conducta. Esta naturaleza *política* –norma de ordenación de la *pólis*– es lo más característico y fundamental de las leyes, las cuales son, según su más genuina y

primordial índole, reglas políticas. Por eso, su estudio primero y más fundamental corresponde a la filosofía política.

Es propio de la filosofía política estudiar la ley como un fenómeno de poder o, en términos clásicos, como una ordenación de las conductas al bien común. Ante ese sector de la filosofía, la ley aparece como regla de conducta y como tal la contempla la filosofía política. La norma y la ley como resultado del poder legislativo, su eficacia social, su obligatoriedad, su relación con el bien común, etc., son otros tantos temas propios de la filosofía política, por más que se atribuyan con demasiada frecuencia a la filosofía jurídica.

c) También la norma jurídica interesa a la filosofía moral. Como las normas son reglas de conducta y la moral trata precisamente del obrar humano, sin duda la norma es un dato fundamental para la filosofía moral o ética. Desde un enfoque distinto al de la filosofía política, la ética trata de la norma en cuanto obedecerla es un deber moral.

Es más, refiriéndose en concreto a la ley, cabe decir que para las corrientes más sólidas y mejor fundadas de filosofía moral la ley es norma de moralidad en cuanto regla en orden al fin de la persona humana y criterio de la virtuosidad de las acciones (de este modo se entiende que se consideren actos humanos moralmente buenos los conformes con la ley natural y, en su caso, con las leyes positivas). Por eso, es clásico que el hombre que cumple íntegramente las leyes sea visto como cumplidor de la suma de las virtudes o justicia general, según se vio oportunamente.

Ciertamente la perspectiva de la filosofía moral es distinta de la propia de la filosofía política; si ésta ve la ley como norma *social* de conducta, la ética la contempla como norma *personal* del obrar. Pero ambas coinciden en considerar la ley como norma de conducta, como regla de las acciones humanas, lo que sin duda es su naturaleza primordial. En consecuencia, corresponde a la ética el estudio de la ley como norma del obrar y su relación con la acción humana.

d) No son las indicadas las perspectivas con las que la ciencia jurídica –y por lo tanto la filosofía del derecho– tiene que contemplar las normas jurídicas y en particular las leyes. Es cierto que la gran mayoría de los tratados de filosofía jurídica –se llamen así o hayan adoptado la denominación de Derecho Natural– contempla la norma jurídica como regla del obrar, producto de un poder legislativo, mezclando la filosofía política y la ética con la filosofía del derecho. Mas la abundancia de la confusión, lejos de ser una excusa para seguir a la mayoría, constituye un motivo especial para ponerla de relieve.

La filosofía jurídica es fundamentalmente la filosofía del oficio de jurista, de modo que su perspectiva es la perspectiva jurídica. Por lo tanto, debe estudiar la norma, tal como se presenta ante el jurista. Y lo propio del jurista es discernir y declarar lo justo, es decir el derecho. En consecuencia, la filosofía del derecho debe interesarse por la norma en la medida en que se relaciona con el derecho, con lo justo, es decir, como criterio del derecho y de la justicia (en cuyo caso la norma es *jurídica*). En otras palabras, la norma es objeto de estudio por parte de la filosofía jurídica en cuanto que es un *momento* de la realidad jurídica, un factor dinámico del ordenamiento jurídico, fuente y regulación de derechos y deberes[28].

Ciertamente que, desde esta perspectiva, la norma, aun siendo uno de los tópicos principales de la filosofía jurídica, no es para ella la realidad fundamental y desempeña un papel importante, pero no el principal. No es el concepto clave del sistema de filosofía jurídica, como lo son el concepto de derecho y correlativamente la noción de justicia, sino un concepto que, sin dejar de ser básico, adquiere importancia en función del derecho.

e) No extrañe, pues, que en las páginas que siguen falten aquellos tópicos habituales de los tratados de filosofía jurídica, que

28. Vide, sobre los *elementos* y *momentos* de la realidad jurídica, P. LOMBARDÍA, *Lecciones de Derecho Canónico* (Madrid 1984), págs. 130 ss.; J. HERVADA, *Sugerencias acerca de los componentes del Derecho*, en "Ius Canonicum", VI (1966), págs. 53 ss.

a nuestro juicio no se deben considerar propios de la filosofía del derecho, sino de la filosofía política o de la filosofía moral.

3. LA NORMA Y EL DERECHO. *a*) Punto fundamental para desarrollar el tratado filosófico-jurídico de la norma es establecer la relación que existe entre ella y el derecho. ¿Qué es la norma respecto del derecho? Tres respuestas fundamentales pueden observarse en el panorama doctrinal.

b) *Primera*: la norma no es otra cosa que el derecho mismo. Es la respuesta del normativismo, para el cual la acepción primaria del derecho es la de norma o ley[29]. Cuando dicen derecho, estos autores se refieren a la norma[30]. En este caso no puede hablarse de relación entre derecho y norma, sino de identidad entre ambos. El normativismo confunde –como ya se puso de relieve– dos cosas distintas: el objeto de la justicia o derecho y la regla de derecho o norma. Si por derecho entendemos el objeto del oficio de jurista, la norma es cosa distinta del derecho, pues el jurista no hace la norma, que es lo que significaría que la norma es el objeto del arte del jurista; ni tampoco la interpretación de la norma, que entra en el campo del jurista, es la tarea terminal de éste, pues si interpreta la norma es para declarar el derecho, como ya se dijo.

c) *Segunda*: la norma –la ley en su terminología– no pertenece al derecho –no tiene entidad jurídica–, sino a la moral. Es la singular postura de Villey. Dada la distinción entre el derecho y la ley –afirma– el derecho es lo justo, mientras que la ley es norma de conducta y, en consecuencia, pertenece a la moral, que es la cien-

29. Vide supra, cap. VI, n. 4, b y c.

30. Arquetipo de normativismo es Kelsen; cfr. su *Teoría pura del Derecho*, ed. castellana (México 1979). Sobre este autor y la amplia bibliografía sobre él puede verse C. J. ERRÁZURIZ, *La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen* (Pamplona 1986).

Entre los muchos autores normativistas pueden verse, a simple título de ejemplo, H. HENKEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit.; G. PECES-BARBA, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit.; R. ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, cit., etc.

cia del obrar[31]. Posición que es pareja con su afirmación –recogida antes[32]– de que la justicia legal no pertenece al derecho, sino a la ética.

Esta tesis de Villey no parece sostenible. Si es verdad que la ley no es el derecho, sin embargo, la ley tiene relación con el derecho, porque es fuente y criterio de lo justo, del derecho. Es constante que las leyes atribuyan funciones, servicios y bienes a las personas, marquen requisitos para el uso de los derechos, señalen los límites de éstos y otras cosas semejantes. Por eso, forma parte del oficio de jurista interpretar las leyes. En tal sentido, la ley posee naturaleza jurídica, es un momento de la realidad jurídica y, en consecuencia, tiene una estrecha relación con el derecho. La ley es norma moral, como es norma política, pero es también norma jurídica.

d) *Tercera*: Implícita en la tradición clásica, que no usa el término norma sino el de ley, fue Tomás de Aquino quien la expresó en una fórmula científica: la ley es la *ratio iuris*, la regla o estatuto del derecho[33]. Si el derecho es la cosa justa, aquella cosa debida a su titular, la norma establece el estatuto del derecho: atribuye cosas a un titular, concede facultades, delimita el uso, etc. En pocas palabras, *regula* al derecho, es su regla.

31. *Compendio de Filosofía del Derecho*, I, cit., págs. 75 ss. y 114 ss. Un estudio pormenorizado se encuentra en R. RABBI-BALDI, *La filosofía jurídica de Michel Villey* (Pamplona 1990), págs. 379 ss. Para comprender la postura de Villey debe tenerse en cuenta que no parte del concepto de moral como esfera del comportamiento personal, sino del sentido clásico de los griegos como conducta personal y social. La moral engloba para Villey lo que hemos delimitado aquí como objeto de la filosofía política y de la filosofía moral.

32. Vide supra cap. V, n. 11.

33. "Ad secundum dicendum quod sicut eorum quae per artem exterius fiunt quaedam ratio in mente artificis praeexistit, quae dicitur regula artis; ita etiam illius operis iusti, quod ratio determinat, quaedam ratio praeexistit in mente, quasi quaedam prudentiae regula. Et hoc si in scriptum redigatur, vocatur lex: est enim lex, secundum Isidorum, 'constitutio scripta'. Et ideo lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris". *Summa Theologica*, II-II, q. 157, a. 1 ad 2. Por el contexto se observa que la traducción literal de "ratio iuris" es la de regla del derecho, que es la regla de prudencia de lo justo, como expresamente dice el Aquinate.

Esta es, a nuestro parecer, la relación entre el derecho y la norma. La norma representa la regla del derecho, entendiendo por tal su estatuto. La norma es, pues, regla del derecho, y en tal sentido es norma *jurídica*.

Al respecto debemos hacer una observación. Si la norma es regla del derecho, la acepción de norma que corresponde utilizar en filosofía jurídica, tiene que ser aquella primera y generalísima, que entiende por norma toda regla del derecho. Ahora bien, es un hecho notorio que no sólo la ley es regla o estatuto del derecho. Si la ley y la costumbre con fuerza de ley son regla del derecho, también lo es la norma procedente de la autonomía privada. Por el convenio o contrato se generan, modifican y extinguen derechos –por lo tanto, relaciones jurídicas– y se establecen normas o estatutos jurídicamente vinculantes, esto es, verdaderas reglas de derecho. Por lo tanto, al hablar en filosofía jurídica de la regla de derecho, hemos de utilizar la noción general de norma, equivalente a norma jurídica, pues se trata de llegar al concepto y a las características universales de la regla jurídica.

4. FUNCIONES DE LA NORMA. *a*) La norma jurídica es la regla del derecho, según acabamos de ver. Resta ahora determinar qué funciones ejerce la norma respecto del derecho, de acuerdo con su naturaleza de regla o estatuto del derecho. Estas funciones son las de *causa* y *medida* del derecho[34].

b) Lo primero que se puede observar es que la norma jurídica constituye derechos al atribuir funciones, repartir cosas, conceder poderes y facultades, etc. Tanto la norma emanada del poder público, como la costumbre con fuerza jurídica o el contrato entre particulares (*lex privata*) crean derechos, trasladan titularidades, otorgan funciones y, en suma, son fuente y origen de derecho, constituyen el derecho. Por lo tanto, la primera función detectable en la norma jurídica en relación con el derecho es la de ser *causa* suya.

34. Cfr. J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, 6ª ed. (Pamplona 1990), págs. 132 s.; J. HERVADA-J. A. MUÑOZ, *Derecho* (Pamplona 1984), págs. 108 ss.

Esta función está contenida en la norma, porque a través de ella se ejerce el dominio propio del poder público o, en su caso, el dominio que corresponde a los particulares. En efecto, causar la titularidad del derecho, sea respecto del primer titular, sea por cesión o traslación, implica un poder o dominio sobre aquello que se constituye como derecho, pues el reparto o atribución de las cosas (bienes, cargas, funciones, servicios, etc.) es propio de quien tiene dominio o poder sobre ellas.

c) La segunda función de la norma respecto del derecho consiste en *regularlo*, esto es, en establecer todo aquello comprendido en lo que antes hemos llamado la medida del derecho: su delimitación y los requisitos, presupuestos y condiciones para su uso y ejercicio.

Tal función es propia de quien posee la potestad de ordenar la vida social (poder público) o la facultad de regular el ámbito privado como producto de una autonomía (autonomía privada).

Según esta función, la norma jurídica es *medida* del derecho.

d) De que la norma jurídica sea causa y medida del derecho se desprende que tiene un doble efecto, lo cual postula una doble función: la norma, por una parte, es *constitutiva* y, por otra parte, es *reguladora*. No es, pues, simplemente una norma de conducta, medida de los actos humanos. Es verdad que la norma jurídica mide y dirige las conductas –y en tal sentido es regla o norma de conductas–, pero no se limita a eso; tiene también a veces una función constitutiva, que origina, modifica y extingue derechos y, con ello, las relaciones jurídicas.

5. UNA CONSECUENCIA METODOLÓGICA. *a*) La consideración de la norma como regla o estatuto del derecho reafirma cuanto antes se ha dicho sobre la perspectiva desde la que la filosofía del derecho contempla la norma.

La norma como regla social de conducta u ordenación del obrar humano en relación al bien común es la perspectiva propia de la filosofía política (la política es el arte de conducir la comunidad humana a sus fines sociales, al bien común), pero no es la

adecuada a la filosofía jurídica. Por lo tanto, tampoco el estudio de la norma como fenómeno de poder puede ser el punto de partida del estudio filosófico-jurídico del derecho. Por más que esto sea frecuente entre los filósofos del derecho, ello debe considerarse como una desviación. La ciencia jurídica no es la ciencia del orden social, ni el arte de organizar la sociedad. Todo esto es propio de la ciencia política –obra de los políticos– y de las normas procedentes del poder público en cuanto tienen una primordial función política. En cuanto es regla de conducta y ordenación al bien común, la norma de procedencia pública tiene naturaleza política y no debe llamarse norma jurídica, sino ley o norma política (ley o norma de la organización de la *pólis*).

No es, pues, la condición de norma de conducta u ordenación al bien común (condición primera y fundamental de la ley o norma procedente del poder político), lo que debe ser objeto de contemplación y estudio por la filosofía del derecho; aquello que interesa al jurista y la perspectiva del filósofo del derecho es la naturaleza de las normas –y entre ellas la ley– como estatuto del derecho, como regla (causa y medida) del derecho, esto es, como norma jurídica. En otras palabras, la norma aparece ante la ciencia y la filosofía jurídicas como criterio de lo justo, entendiendo por tal –como se ha dicho repetidamente– la cosa atribuida a un sujeto, debida a él con deuda en sentido estricto.

b) Si esto resulta claro en lo que respecta a lo justo conmutativo y a lo justo distributivo, quizás pueda parecer más oscuro en lo que atañe a lo justo legal. Como sea que lo justo legal es, en definitiva, el cumplimiento de la norma, parece que la regla de lo justo legal es norma de conducta (obrar según ley). Ciertamente cumplir la norma implica obrar conforme a ella, pero la ciencia del derecho no se interesa por ese cumplimiento en cuanto con ello se implanta un modelo de sociedad o la conducta se ordena al bien común (perspectiva política). Se interesa por la norma –y por la correlativa conducta– en cuanto es el cumplimiento debido de la parte que a la persona compete como derecho de la sociedad y deuda o deber de la persona. En otras palabras, en lo justo legal la ciencia jurídica realiza su función típica al igual que en los otros

tipos de lo justo: decir el derecho, declarar lo justo. Y esta perspectiva del oficio de jurista es aquella desde la que la filosofía jurídica contempla y estudia la norma o regla de lo justo legal.

6. LA DEFINICIÓN DE LA NORMA JURÍDICA. Visto lo que antecede, corresponde ahora intentar dar una definición de la norma jurídica, como paso previo necesario para su estudio pormenorizado.

La correcta definición de la norma jurídica es cuestión importante para la filosofía del derecho, pues se trata de mostrar los elementos esenciales de dicho tipo de norma y, por consiguiente, la idea cabal que se deba tener de ella. Por eso, ante todo, conviene precisar los rasgos característicos de la definición que nos ocupa.

a) Toda definición bien establecida debe responder a la pregunta *qué es* la cosa definida; es menester, pues, que manifieste los trazos esenciales del concepto que de ella se tenga. Ahora bien, cada concepto depende del modo de conceptualizar y de la perspectiva formal de la ciencia que lo elabora. Así, no son idénticos –aunque ambos expresen un aspecto de la verdad del ente– un concepto metafísico o un concepto fenomenológico; ambos conceptos dicen qué es la cosa, pero según distintos niveles de profundidad del conocimiento. Teniendo esto en cuenta, lo primero que se ha de advertir es que el concepto de norma jurídica que debe expresar la definición que buscamos es una noción *filosófica* –no técnico-jurídica–, según la configuración del conocimiento filosófico que hicimos oportunamente. Lo segundo que se debe tener en cuenta es que la definición que nos interesa ha de expresar el concepto de norma jurídica desde la perspectiva de la filosofía del derecho y según su modo de conceptualizar; por lo tanto, no interesa la perspectiva de la filosofía política, ni la propia de la filosofía moral o ética. ¿Qué representa, *qué es* la norma jurídica desde la perspectiva del jurista? Esta es la pregunta a la que ha de responder la filosofía del derecho.

b) Tanto la teoría clásica *de legibus*, como la teoría moderna de la norma, según vimos antes, conciben la norma jurídica a

manera de regla de conducta, medida de los actos humanos. La norma es concebida como regla de las acciones y, en consecuencia, la norma jurídica es entendida como una clase o tipo de reglas de conducta. Mas ya hemos dicho que ese concepto de norma es en realidad válido para la filosofía política y para la ética. En ambos casos se trata, respectivamente, del orden de las conductas humanas en relación al bien político o bien común y en relación al bien moral de la persona. Desde distintos puntos de vista, ambas ciencias contemplan la norma de derecho como regla de la conducta, como medida de los actos humanos. Pero, dicho concepto no responde a lo que la norma jurídica es para el jurista y, por lo tanto, para la filosofía del derecho.

c) Aquello que constituye una norma en jurídica es su relación con el derecho, con la cosa justamente debida. Una norma es jurídica, porque tiene una función respecto del derecho. En esa función y no en otra cosa reside la juridicidad de una norma. Ahora bien, ya hemos dicho que las funciones de la norma respecto del derecho consisten en ser causa y medida del derecho, o dicho en otras palabras, la norma jurídica es regla del derecho en cuanto contiene el estatuto del derecho: *ratio iuris*. Ciertamente la norma jurídica regula conductas, puede ser regla o medida de los actos humanos, mas su función no se limita a eso –hay normas constitutivas de derecho– y en todo caso lo que interesa al jurista es la regla de conducta en cuanto la conducta es derecho o cumplimiento del derecho. La norma no se constituye en derecho en cuanto regula una clase o tipo de conductas –como es habitual decir–, sino en cuanto es estatuto del derecho.

De todo lo cual se deduce que aquello que es la norma jurídica en la perspectiva de la filosofía del derecho –aquello por lo que una norma es jurídica, esto es, objeto del oficio de jurista– se determina por su función y relación con el derecho: causa y medida suya. Por lo tanto, el concepto de norma jurídica y la correspondiente definición a la luz de la filosofía del derecho se forma a partir de sus funciones en relación al derecho.

d) Según esto, la definición de la norma jurídica se expresa con la clásica dicción *ratio iuris*; lo que en castellano tiene dos formas equivalentes de decirse: *la norma jurídica es la regla del derecho*[35], o también, *la norma jurídica es el estatuto del derecho*.

Definida la norma jurídica, a continuación corresponde analizar las varias cuestiones filosóficas que se plantean acerca de su entidad y de sus características.

7. NATURALEZA DE LA NORMA JURÍDICA. Al entrar en el análisis de la norma jurídica, lo primero que aparece es la cuestión de su naturaleza, esto es, averiguar en qué consiste la norma jurídica.

Cuatro respuestas principales pueden advertirse en el panorama de la filosofía jurídica; la norma jurídica es: un acto del poder, un juicio hipotético, un juicio deóntico, una proposición prescriptiva.

a) Que la norma jurídica es un mandato o *acto del poder* es la postura clásica y más largamente extendida, de modo que las demás tesis pueden considerarse minoritarias. La norma jurídica, se dice, es un *iussum*, un acto de mando, de modo que la imperatividad se tiene como una característica esencial de la norma jurídica[36]. En este sentido, la norma jurídica es entendida como producto del poder[37], que manda realizar una conducta determinada a los destinatarios de la norma. Como se advierte, esta tesis parte de dos supuestos: la norma jurídica tiene su origen en el poder –es el acto de mandar– y es una regla de los actos humanos.

El primer supuesto tiene razón de ser para aquellos autores que desconocieron la noción de norma y se centraron en la ley, porque efectivamente la ley tiene su origen en el poder público. Pero si de la ley pasamos a la norma y si por norma jurídica entendemos la

35. Desde antiguo la ley ha sido calificada de regla de derecho, *regula iuris* o *regula iusti*. Cfr. por ejemplo CICERÓN, *De legibus*, I, VI, 19, ed. bilingüe de A. d'Ors (Madrid 1953), pág. 66.

36. Para un análisis de la imperatividad vide, por ejemplo, L. LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, cit., págs. 380 ss.

37. Cfr., por ejemplo, G. PECES-BARBA, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit.

regla del derecho, este primer supuesto no tiene un buen fundamento. En efecto, por una parte no es aceptable en el caso del derecho internacional, porque existiendo tal derecho, sin embargo hasta tiempos muy recientes no hubo organismos supraestatales y aún los que hoy existen deben su nacimiento a los pactos entre Estados, de modo que su capacidad de generar normas jurídicas proviene del pacto y se mantiene en tanto cada Estado acepta seguir vinculado por el pacto. El derecho internacional ha sido tradicionalmente un derecho de tratados o convenios entre Estados jurídicamente iguales y soberanos y no por eso ha dejado de ser verdadero derecho –con normas genuinamente jurídicas–, planteando un problema insoluble –muchas veces ignorado, como si no existiese– a los seguidores de la tesis de referencia. No es extraño, pues, que algunos autores hayan negado –contra toda evidencia– que el derecho internacional sea genuino derecho[38].

Dentro del derecho interno, plantean una dificultad similar las normas jurídicas procedentes de pactos o convenios entre los órganos públicos de gobierno y grupos sociales de diversa índole (sindicatos, movimientos de oposición, etc.), o entre organismos públicos, o entre éstos y organismos privados, etc. Es cierto que en ocasiones estos pactos no trascienden a la esfera del derecho, por ser sólo manifestación de intenciones políticas, pero no pocas veces dan lugar a verdaderas normas jurídicas alegables ante los Tribunales (generan derecho).

Por otra parte, al definir la norma jurídica como estatuto del derecho, ya se decía que tal estatuto puede provenir de la autonomía privada. En la medida en que ésta es capaz de crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas, así como de regular la medida del derecho, otorga verdaderas reglas de derecho, esto es, normas jurídicas, ya reconocidas desde la antigüedad con el nombre de *leges privatae*.

De todo lo cual se deduce que la norma jurídica es obligatoria y vinculante, pero no necesariamente imperativa, si con ello se quiere decir que procede de un poder superior de mando. Hay normas jurídicas que proceden del poder y por lo tanto son

38. Véase la referencia que hace M. Villey, ob. cit., I, pág. 77.

mandatos; sin embargo, no toda norma jurídica es un mandato del poder. En conclusión, la norma jurídica es en todo caso obligación, vínculo, pero no siempre es imperio o mandato de un superior.

Hablábamos también de un segundo supuesto de la tesis que estamos analizando: la norma jurídica sería regla de conducta. Tampoco este supuesto resulta totalmente aceptable. Se ha visto antes que, si bien hay normas jurídicas que regulan conductas, existen también otras normas jurídicas que son constitutivas de derecho, es decir, que atribuyen cosas, trasladan derechos, crean órganos de gobierno o dirección, otorgan funciones, etc. Estas normas jurídicas no son de suyo reglas de conducta –medida de los actos humanos–, aun cuando influyan indirectamente en las conductas. No son normas que regulan actos, sino estatutos que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas: normas constitutivas, que se distinguen por su función de las normas reguladoras de conductas. Las normas constitutivas no son mandatos o actos de imperio sobre conductas (no mandan hacer, hacen), sino actos creativos, que instituyen, actos instituyentes.

b) De Kelsen es la teoría de que las normas jurídicas son *juicios hipotéticos*. Las normas de derecho en lugar de preceptos habría que considerarlas como juicios que establecen no un mandato categórico ("haz esto"), sino una consecuencia hipotética o condicional: si se produce tal supuesto de hecho se seguirá tal sanción o consecuencia jurídica[39]. Por ejemplo, si alguien quiere circular en automóvil, deberá hacerlo por la derecha; si circula por la izquierda padecerá el correspondiente castigo. Las normas jurídicas no establecerían, pues, deberes categóricos –no serían actos de imperio–, sino que contendrían juicios hipotéticos.

Aparte de que el propio Kelsen rectificó, al menos parcialmente, esa tesis en su época americana[40], dos objeciones fundamentales pueden oponerse a ella: 1ª) La norma jurídica no es un

39. Cfr. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2ª ed. (Tübingen 1923), págs. 205 ss.

40. Cfr. *Teoría General del Derecho y del Estado*, ed. castellana (México 1949), págs. 46 s.

juicio, porque el juicio se limita a enunciar una proposición, v. gr. "Juan es alto". Incluso cuando es un juicio de deber-ser, si es meramente un juicio especulativo y no práctico (como es el caso de los juicios hipotéticos según el modo en que aparecen en el pensamiento kelseniano) se limita a mostrar un deber-ser sin intimar a su realización. Ahora bien, es específico de la norma jurídica el obligar, producir un deber o deuda. Si es una regla de conducta, contiene una intimación, un mandato; de ser un simple juicio, ¿dónde se originaría el deber-ser? ¿por qué debería ser?

La obligación habría que buscarla en algo fuera de la norma; pues bien, ese algo o no existe o es el acto del autor de la norma: si no existe, tampoco existiría la norma al no existir el deber, y si es el acto del autor de la norma es la norma misma, pues es justamente ese acto al que designamos como norma jurídica. Por otro lado, si se trata de las normas jurídicas constitutivas, es obvio que no son simples juicios, pues un juicio enuncia realidades, pero no las crea; la función constituyente no es propia de un juicio, sino de un acto de imperio o de dominio.

2ª) La norma jurídica no se ciñe a establecer un enlace lógico condicional entre un supuesto y una consecuencia, sino que instituye estatutos vinculantes incondicionales. Aun cuando la norma jurídica pueda entenderse redactada en términos condicionales o hipotéticos, no se limita a establecer un simple enlace lógico entre el supuesto y la consecuencia, sino que contiene un acto eficaz de imperio o de dominio. Por ejemplo, si se trata de estatuir la nulidad de un contrato por defecto de forma solemne, la norma invalidante no se circunscribe a enunciar un nexo lógico hipotético: "si el contrato carece de tal forma solemne, el resultado es la invalidez"; hace algo más, invalida el contrato no reconociéndole fuerza de obligar, esto es, interviene eficazmente mediante el ejercicio del poder de regular los instrumentos jurídicos. Contiene y expresa un acto de imperio o dominio.

c) ¿Puede decirse que la norma jurídica es un juicio deóntico? Por juicio deóntico se entiende un juicio de deber-ser: hay que

hacer tal cosa, hay que omitir tal otra[41]. Se trata de un juicio de la razón práctica, que enuncia un deber en sentido propio, un juicio de obligación.

Ante todo es preciso recordar que las normas constitutivas no enuncian un deber, ni de suyo lo establecen, aunque en relación con las situaciones jurídicas que crean, modifican o extinguen puedan generar una serie de deberes consecuenciales. Por lo tanto, no es acertado entender la norma jurídica en general como juicio deóntico, ya que esto no es válido para toda norma jurídica. Acaso pudiera admitirse para las normas que son reglas de conducta.

Mas tampoco las normas jurídicas que imponen reglas de conducta son juicios, por la razón antes alegada. Un juicio es, propiamente hablando, un enunciado de razón, efecto de la función cognoscitiva. Es cosa distinta de un acto de poder, que *establece* el deber; el juicio no es un acto de intimación, no es un mandato, cosa que sí es la norma jurídica que regula conductas. No es correcto, pues, confundir un juicio con un mandato.

En cambio, es un juicio –y juicio deóntico– la captación del mandato por parte del destinatario. En la medida en que éste conoce la norma jurídica que es regla de conducta, la representación intelectual de la norma en la facultad cognoscitiva del destinatario se efectúa por medio de un juicio deóntico. Esta representación es, en efecto, un juicio, un enunciado cognoscitivo: de acuerdo con tal norma debo hacer tal cosa u omitir aquélla. Pero esto no es la norma jurídica, sino su captación intelectual por parte del destinatario.

d) Para los analíticos, la norma jurídica sería una proposición prescriptiva. Por tal entienden aquella proposición mediante la cual quien la utiliza se propone inducir a otro a que adopte una determinada conducta. La norma jurídica sería un caso de lenguaje prescriptivo o directivo[42].

Como es propio de los filósofos analíticos, la norma jurídica es entendida como una forma de lenguaje o comunicación. Proviene

41. Sobre los juicios deónticos puede verse, por ejemplo, CH. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, ed. castellana (Madrid 1979).

42. Vide, por ejemplo, C. S. NINO, ob. cit., págs. 63 ss.

ello del defecto fundamental de este tipo de filosofía: entender que nuestra mente no llega a la cosa en sí –no construye verdaderos conceptos– sino que se limita al análisis del lenguaje. Con ello, reducen la norma jurídica a una expresión lingüística, sin distinguir lo que ya antiguos autores distinguieron: la norma y la disposición o enunciado, ya verbal ya escrito, de la norma. En otras palabras, los analíticos confunden la norma jurídica con su expresión oral o escrita.

A ello que hay que responder que la norma jurídica se puede expresar en forma de proposición prescriptiva, pero es más que una proposición: es un estatuto, un acto de imperio o de dominio. Por lo mismo no puede reducirse la norma a un factor de comunicación; la norma, al expresarse, establece una comunicación, pero se comunica un contenido de imperio o dominio, una regla o estatuto, que es lo esencial de la norma[43].

Además, nuevamente hemos de decir que la postura de los analíticos, como las otras posturas vistas anteriormente, se refiere en todo caso a las normas que son reglas de conducta, pero no es aceptable en lo que atañe a las normas constitutivas, las cuales no se expresan en proposiciones prescriptivas, sino en proposiciones indicativas.

Al respecto parece oportuno poner de relieve la escasa coherencia de los analíticos al afirmar que la norma jurídica es una proposición prescriptiva. Con ello muestran que su análisis del lenguaje es, en buena parte, ficticio, pues no tienen en cuenta el lenguaje real de las normas jurídicas, sino aquel lenguaje que al parecer les sería adecuado. Suponiendo que las normas jurídicas contuviesen siempre un mandato, el lenguaje que les correspon-

43. En otras palabras, reduciendo la norma a un factor de comunicación o a una expresión lingüística, se confunde el signo con lo significado, reduciendo la norma a un signo vacío. La locución, oral o escrita, de la norma no es vinculante por sí misma, sino en cuanto es expresión o signo de la mente y de la voluntad del autor de la norma. Es en ese acto de razón y voluntad de su autor –su decisión– donde reside la fuerza vinculante y obligatoria de la norma, esto es, su razón de norma jurídica. Sin ese acto del autor de la norma, la sola prescripción lingüística, la sola comunicación externa, sería un signo vacío. De este asunto, con distinta perspectiva, habían tratado ya los escolásticos. Vide, por ejemplo, SUÁREZ, ob. cit., lib. I, cap. V, n. 3.

dería sería el deóntico y el imperativo, de donde, si eso se cumpliese, las normas jurídicas tendrían la forma de una prescripción. Pero el caso es que el lenguaje real no es así. Son muchas las normas redactadas en indicativo, presente o futuro[44], lo cual muestra que los analíticos, al calificar a la norma de proposición prescriptiva, no expresan el lenguaje real, sino el lenguaje que debería corresponder a una prescripción. Pero es obvio que esto supone partir, no del lenguaje, sino de la noción de norma como mandato, lo que resulta ser un verdadero concepto metafísico de la norma –aunque sea elaborado al mínimo nivel de la metafísica–, más allá del lenguaje. El punto de partida, para afirmar que la norma jurídica es una proposición prescriptiva, no es el lenguaje, sino un concepto metafísico, lo cual representa una incoherencia de los analíticos.

e) Vistas las diversas posturas doctrinales es el momento de entrar en el análisis de la cuestión que nos ocupa. ¿Cuál es la naturaleza de la norma jurídica? Hemos visto que hay normas constitutivas y normas reguladoras de conductas. Ambas tienen distinta naturaleza: las primeras son actos de dominio o poder instituyente de derecho; las segundas son actos del poder de regulación. Pero es claro que todas las normas jurídicas son reducibles a lo que tienen de común todas ellas. Que este elemento común existe, resulta evidente desde el momento en que una misma y única norma, o un conjunto unitario de normas procedente de un único acto (v. gr. un código, un tratado, una constitución, etc.), pueden ser al mismo tiempo causa del derecho y regla de conducta. Por otra parte, hemos dado una definición de norma jurídica –regla o estatuto del derecho–, que supone una naturaleza común a todas ellas.

Al establecer el estatuto del derecho –crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y señalar la medida del derecho– la

44. Como pequeña muestra, véase el título preliminar de la Constitución española de 1978. En sus nueve artículos aparece el presente de indicativo 22 veces, el futuro de indicativo en 5 ocasiones, el gerundio 1 vez y sólo 3 veces se usa el lenguaje deóntico o equivalentemente prescriptivo ("tienen el deber", "deberán ser").

norma jurídica se comporta como un *momento* del orden jurídico, esto es, como un factor dinámico de la realidad jurídica que la ordena y estructura. La norma jurídica estructura la realidad jurídica, al crear, modificar y extinguir las relaciones jurídicas, al darles forma y regular las conductas mediante un sistema de deberes y derechos. La norma jurídica es, pues, *estructura* de la vida social y en cuanto estructura es una *ordenación*, pues establece un orden. En efecto, la estructura no es otra cosa que la distribución o disposición ordenada de unos elementos en función del todo[45], o más exactamente, es el conjunto de partes o elementos ordenados y dispuestos formando un todo. En consecuencia, por ser la norma jurídica un factor estructurante de la vida social, tiene la índole de *ordinatio* u ordenación: es un factor de orden.

Así, pues, toda norma jurídica es un factor estructural dinámico, con la función de ordenar y regular el sistema de relaciones jurídicas que constituyen los elementos del ordenamiento jurídico. En consecuencia, la norma jurídica es una *ordinatio* u ordenación.

De dos maneras la norma jurídica ordena –regula, organiza– la vida social, siendo regla o estatuto del derecho. Unas veces, es *constitutiva* de situaciones jurídicas –creando, modificando y extinguiendo relaciones–; otras veces, *regula* o modela conductas.

8. LA ÍNDOLE JURÍDICA DE LA NORMA. Una vez visto que la esencia de la norma jurídica consiste en ser regla o estatuto del derecho, es el momento de resaltar un punto, que es un corolario de lo dicho. ¿Qué queremos decir cuando calificamos una norma como jurídica? ¿Qué significa que una norma es jurídica? En otras palabras debemos dejar establecido en qué consiste la juridicidad de una norma.

Nuevamente conviene recordar que cada ciencia tiene su modo propio de conceptualizar y, por tanto, que la respuesta a la cuestión planteada debe darse desde la perspectiva de la filosofía del derecho, que es –repitámoslo una vez más– la perspectiva del

45. Para la noción de estuctura, vide, por ejemplo, A. LALANDE, *Vocabulario técnico y crítico de la filosofía*, cit., voz *estructura*.

oficio del jurista. Esta insistencia tiene su razón de ser en la ya denunciada confusión entre filosofía política y filosofía jurídica. Desde el punto de vista de la filosofía política –de la organización de la *pólis*– se llama derecho a las leyes –en el sentido filosófico antiguo ya indicado– y su condición de derecho se especifica –sobre todo a partir de Thomasio– por contraste con las normas morales y los usos sociales. Desde esta perspectiva –que erróneamente han adoptado tantos filósofos del derecho y aun tantos juristas– se afirma que la norma es jurídica cuando se la puede calificar de derecho o norma imperativa y coactiva de las conductas externas e intersubjetivas; en otras palabras, se trata de las normas *políticas* o leyes de la *pólis* según la terminología antigua. En este sentido, la juridicidad de la norma sería su *politicidad*, esto es, ser leyes (norma imperativa) de la comunidad humana (conductas externas con relevancia intersubjetiva).

Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, esta forma de entender la juridicidad y, en consecuencia, la índole jurídica de la norma no es la adecuada. La naturaleza jurídica de la norma es otra.

Antes se ha visto que el derecho en sentido propio y primario (el analogante principal) no es la norma, sino la cosa debida. A la norma sólo se la puede llamar derecho por analogía (término y concepto analogados). Por lo tanto, la juridicidad reside en el derecho en sentido propio. Jurídico es adjetivo que manifiesta lo propio del derecho; se llama jurídico a todo aquello que tiene relación con el derecho. Del mismo modo, la juridicidad designa o la esencia del derecho (aquello por lo que una cosa es derecho) o la relación de algo con el derecho. Cuando de algo se dice correctamente que es jurídico, se afirma o que es derecho o que está en relación con el derecho. Y dado que la norma no es el derecho, sino la regla o estatuto del derecho (o derecho en sentido análogo), afirmar de una norma que es jurídica, significa manifestar que está en relación con el derecho, esto es, que está constituida como *ratio iuris* o regla del derecho. Así, pues, toda norma que sea regla del derecho, tanto si procede del poder público, como si procede del pacto entre poderes o de la autonomía privada, es una norma jurídica.

Esta es la conceptualización correcta desde la perspectiva del oficio de jurista. Al jurista, que tienen por oficio determinar el derecho, la norma le interesa en su función de regla o estatuto del derecho y, en tal sentido, la norma tiene relación con el oficio de jurista y, por ello, es jurídica. Sólo vista así la norma puede llamarse, por analogía, derecho. La norma es derecho por ser *ratio iuris*.

9. DOCTRINAS SOBRE LA FUNCIÓN DE LA RAZÓN Y DE LA VOLUNTAD EN LA CONSTITUCIÓN DE LA NORMA. *a*) *Planteamiento*. Visto lo anterior, se trata de analizar ahora en qué medida la norma jurídica es un acto de voluntad o un acto de razón. O más propiamente, se trata de ver en qué medida la norma es un acto racional o volitivo. Como fácilmente puede observarse, hay aquí dos cuestiones interdependientes que se entrecruzan. Una es la de saber si la norma es un acto del intelecto o un acto de la voluntad, o sea, a qué potencia humana debe asignarse la norma. Otra, que deriva de la anterior, es en definitiva mucho más importante: ¿es la norma un acto esencialmente racional y por lo tanto dependiente de unos presupuestos objetivos, o es un acto en su raíz arbitrario, no sujeto esencialmente a una racionalidad objetiva?

La razón humana tiene una doble función, cognoscitiva e inventiva (en este caso coadyuvada por la imaginación), pero en ambos casos la razón está medida por la realidad objetiva. Tanto cuando conoce, como cuando inventa (lo que no significa crear de la nada, sino hallar, encontrar posibilidades inmersas en lo real), la razón *descubre* lo que está contenido en la realidad; en el fondo la razón siempre está medida por la objetiva realidad de las cosas. Por eso lo racional es lo adecuado a la objetividad de lo real. Por lo tanto, si la norma jurídica procede originariamente de la razón, tendrá la nota de racionalidad, que quiere decir adecuación a la objetiva realidad de la persona humana y de la vida social. Una norma irracional no será producto originario de la razón, sino efecto de una razón encadenada y al servicio de un arbitrio desordenado, por lo que tendrá un vicio esencial: no será una verdadera norma jurídica, sino una arbitrariedad.

La voluntad, en cambio, es una potencia indeterminada, como corresponde al hecho de ser la sede del libre arbitrio, de la capacidad de la libertad de elección. Más exactamente, la voluntad humana no está absolutamente indeterminada, porque está orientada naturalmente a la felicidad y, por lo tanto, al bien absoluto o fin último; por eso siempre se mueve por alguna razón de bien –aunque sea falsa y engañosa– que posea el objeto querido. Pero fuera de esa básica determinación al bien considerado en absoluto (fin último), la voluntad humana está indeterminada respecto de los bienes particulares, y ello es la raíz de la libertad. La elección que la voluntad hace es libre, originaria de ella, por lo que el libre arbitrio puede degenerar en arbitrariedad, sin que ello suponga disminución o alteración de la voluntariedad. Un acto voluntario arbitrario sigue siendo plenamente voluntario. No ocurre así con la razón, respecto de la cual el acto racional corrupto se transforma en irracional. Esto significa que si la norma consistiese esencialmente en un acto de voluntad, seguiría siendo norma, aunque fuese arbitraria.

Así, pues, el tema que acabamos de plantear tiene importantes implicaciones.

Y para comenzar a desarrollarlos expondremos sumariamente las tres posiciones fundamentales que encontramos en la historia del pensamiento jurídico: el intelectualismo, el voluntarismo moderado y el voluntarismo extremo.

b) *Posiciones doctrinales. a*') *Antigüedad.* Un tratamiento directo de la cuestión que nos ocupa no se encuentra en la Antigüedad. Hallamos, eso sí, afirmaciones o sentencias más o menos incidentales, que, a pesar de su dispersión, constituyen antecedentes suficientemente válidos. Aunque no faltaron posiciones voluntaristas, puede considerarse que la opinión más extendida fue que las leyes son obra de la sabiduría; el buen legislador es un legislador sabio: las leyes corresponden a la prudencia, que es la sabiduría práctica. Por eso no faltaron propuestas, como la de Platón, en el sentido de dar a los sabios o filósofos la función de legislar en la *pólis*. Refiriéndonos a las leyes, recordaremos a tres filósofos antiguos, que en alguna forma aludieron al tema que nos

ocupa: el autor del diálogo platónico *Minos*, Aristóteles y Cicerón. Los tres entendieron las leyes como obra de la razón.

1º) El diálogo *Minos* atribuido a Platón, después de decir que las distintas artes –razón práctica o saber de lo práctico– son descubrimiento de las cosas reales[46], se refiere en los mismos términos a las leyes: "la ley –se afirma– aspira a ser un hallazgo de lo real"[47], con lo que atribuye la función de dar leyes a la razón práctica. En la misma obra se señala que la ley es una opinión –política, de la ciudad–, calificándola de "opinión verdadera" y poniendo en boca de Sócrates estas palabras:"Entonces no es acertado decir de un modo tan rotundo que la ley es una decisión de la ciudad"[48]. Para el autor de *Minos*, dar leyes es una parte del arte político; es, pues, un arte, cosa de la razón práctica. En consonancia con esta posición intelectualista, el escrito platónico insinúa que no resulta razonable tener como verdadera ley a la ley dañosa o injusta, que destruye y malbarata la *pólis*.

2º) Aunque no falta algún lugar de la obra de Aristóteles en el que llama a la ley "común consentimiento de la ciudad", el hecho

46. " – ...Pues el arte es para nosotros, según creo, un descubrimiento de las cosas reales ¿no es así?

– Efectivamente".

Minos, 313 a-314 c, ed. J. Burnet, SCBO (Oxonii 1962), versión castellana de M. Araujo y otros, en *Obras completas* (Madrid 1972), pág. 1652.

47. *Minos*, 314 c-315 c, versión castellana, cit., pág. 1653.

48. " – Entonces no es acertado decir de un modo tan rotundo que la ley es una decisión de la ciudad.

– No, creo que no.

– Ni podría parecernos razonable que la decisión dañosa sea ley.

– Sin duda que no.

– Mas, sin embargo, también a mí me parece evidente que la ley es en cierto modo una opinión. Y puesto que no puede ser la opinión dañosa, resulta ya claro que ha de ser la beneficiosa, si es que efectivamente la ley es una opinión, ¿no es así?

– Sí.

– Ahora bien: ¿cuál es la opinión beneficiosa? ¿No lo es la verdadera?

– Sí.

– ¿Y la opinión verdadera es un hallazgo de lo real?

– Así es.

– Luego la ley aspira a ser un hallazgo de lo real".

Minos, loc. cit.

cierto es que para el Estagirita la ley procede de la razón. Ello se advierte al atribuir el acto de imperio a la razón práctica regulada por la prudencia[49], punto central y básico en el tema que nos ocupa, pues la ley es un mandato o acto de imperio. Coherentemente con esta tesis, Aristóteles afirma que la ley es expresión de la prudencia y de la inteligencia[50], a la vez que califica a la ley como opinión general o de la mayoría[51].

3º) Por su parte, Cicerón vio la ley como razón fundamental –"ratio summa"–, criterio racional del hombre prudente –"mens ratioque prudentis"–[52], y cosas similares. Ciertamente con estas palabras se refiere a la ley en un sentido fundamental –la ley sempiterna o natural en clave estoica–; pero ello es aplicable en su pensamiento a la ley positiva, la cual para él es, en sustancia, el discernimiento de lo justo y de lo injusto, de modo que las leyes perversas y funestas no merecen más el nombre de ley que lo sancionado por el acuerdo de unos bandidos[53]. Las leyes se

49. "La prudencia tiene un carácter imperativo, ya que tiene por fin determinar lo que se debe hacer o no se debe hacer". *Ethica Nicomachea*, VI, 10, 1142 b-1143 b, en *Obras*, ed. castellana de F. de P. Samaranch (Madrid 1967), pág. 1247.

50. "Por el contrario, la ley no carece de este poder coactivo, dado que es la expresión, en cierta medida, de la prudencia y de la inteligencia". *Ethica Nicomachea*, X, 9, 1179 b-1180 b, en *Obras*, ed. castellana de F. de P. Samaranch (Madrid 1967), pág. 1308.

51. "Según el punto de vista de los antiguos, lo que estaba de acuerdo con la Naturaleza era la verdad, mientras que lo que está de acuerdo con la ley es la opinión general de la Humanidad". *Argumentos sofísticos*, 12, 173 a, en *Obras*, cit., pág. 542. "Llevar a un hombre a paradojas de este tipo es lo mismo que meterlo en contradicción con las normas de la Naturaleza y con la ley, pues la ley es la opinión de la mayoría, mientras que las afirmaciones del sabio están de acuerdo con las normas de la Naturaleza y la verdad". Loc. cit., ed. cit., pág. 543.

52. *De legibus*, I, VI, 18-19, ed. cit., pág. 66.

53. " – Pero hay, se dirá, muchas disposiciones populares perversas y funestas que no llegan a merecer más el nombre de ley que si las sancionara el acuerdo de unos bandidos. Al igual que no pueden llamarse recetas médicas de verdad las que matan en vez de curar, como las hacen algunos médicos ignorantes y sin experiencia, así tampoco es ley para una comunidad una cualquiera, sea como sea, incluso cuando perjudica de algún modo al pueblo que la padece. En consecuencia, la ley es la discriminación de las cosas justas e injustas, expresión de aquella naturaleza original que rige universalmente,

inventaron –escribe– para la seguridad y el pacífico bienestar de las ciudades y de la vida humana, de modo que se llamaron –y se llaman– leyes las disposiciones conducentes a ese fin: por lo tanto, quienes dieron órdenes injustas y perversas no ofrecieron verdaderas leyes, sino otras cosa[54]. En suma, la ley es producto de la recta razón o razón prudente.

b') Voluntarismo e intelectualismo en general. El tema de la función de la razón y de la voluntad en la norma jurídica fue objeto directo de discusión a partir de la Edad Media, con dos posturas opuestas –intelectualismo y voluntarismo–, hasta que en el siglo XVIII prevaleció el voluntarismo nominalista, que ha llegado a nuestros días, con la excepción de la filosofía realista y las doctrinas jurídicas fundadas en ella, en cuyo ámbito el intelectualismo y el voluntarismo moderados (Tomás de Aquino y Suárez respectivamente) se dividen las opiniones de los autores.

Al exponer –brevemente, como corresponde a la índole de estas lecciones– las tesis aludidas, es preciso comenzar con una precisión. Como hemos visto, hablar de norma jurídica –con toda la

modelo de las leyes humanas, que castigan a los malvados, defienden y protegen a los virtuosos.

– Comprendo muy bien, y no creo que deba considerarse ni llamarse tan siquiera ley a ninguna otra".

De legibus, II, V, 13, ed. cit., pág. 125.

54. "Por tanto, así como aquel espíritu divino es la ley suprema, así también en tanto hay en el hombre una razón perfecta, esa es ley y aparece perfecta en el espíritu del sabio. Las que cada pueblo hace, varias y temporales tienen el nombre de leyes más por aceptación que por serlo realmente. Y cuando dicen aquellos filósofos que toda ley, para llamarse rectamente ley, es laudable por sí misma, presentan el siguiente razonamiento: Es cosa, sin duda, evidente que las leyes se inventaron para salvación de los ciudadanos, seguridad de las ciudades y pacífico bienestar de la vida humana, y que los primeros que sancionaron disposiciones de ese tipo, propusieron a las comunidades populares que redactaran y aprobaran aquello con lo que, una vez confirmado y puesto en práctica, pudieran vivir honrada y felizmente; y que debían llamar *leyes* a las disposiciones que hicieran y sancionaran con ese fin. De donde se puede entender que los que dieron a los pueblos órdenes perversas e injustas, al obrar contra lo que habían declarado y prometido solemnemente, no dieron leyes, sino cosa muy distinta; de suerte que puede resultar claro cómo en el mismo sentido de la palabra *ley* está ínsito en substancia el concepto del saber seleccionar lo verdadero y justo". *De legibus*, II, V, 11, ed. cit., págs. 123 y 125.

amplitud que abarca– es cosa moderna. Por lo tanto, los autores a los que vamos a referirnos no escriben de la norma jurídica, sino de la ley. Es el fenómeno de la ley aquello que ocupa su atención, lo que obliga a no trasladar sin más sus opiniones a la norma jurídica; este traslado indiscriminado puede tener justificación en quienes se limitan a un cambio terminológico llamando norma jurídica a la ley, pero sería incorrecto si, como hemos visto, se considera que el pacto también es origen de normas jurídicas.

La cuestión que sobre la ley se debate no es más que una conclusión o corolario de la forma de entender la relación en el hombre –y en Dios por modo de analogía– entre razón y voluntad. Dado que ambas potencias son específicamente humanas –en su caso divinas– e interrelacionadas, ¿cuál de las dos tiene la primacía? Por primacía se entiende que una de las dos potencias ordena y guía a la otra. Dada la unidad del sujeto de las dos potencias, dada la unidad de la persona, tiene que haber una potencia que, en última instancia, sea el principio del actuar de la persona, la regla del obrar. En caso contrario, se produciría una situación de desdoblamiento que anularía a la persona. A la unidad de sujeto corresponde la unidad de principio ordenador de la conducta de la persona. Y como el principio ordenador impera a las potencias humanas, se trata de saber si el acto de imperio es –en última instancia– propio de la voluntad o de la razón. Adviértase al respecto que una cosa es mover de modo inmediato a modo de impulso o fuerza –en lenguaje escolástico el uso y la ejecución–, lo cual es indiscutiblemente propio de la voluntad, y otra cosa distinta es mover de modo mediato por medio del mandato, que reclama obediencia. Esto segundo es en propiedad el imperio. El acto de imperio requiere, pues, una *dicción* –comunicación– o signo manifestativo, sea mental, sea oral o escrito. A través de esa dicción llega a la persona imperada. Ahora bien, si lo que llamamos imperio consiste, no en una fuerza directamente aplicada, sino en una intimación enunciativa –"haz esto", "debes hacer aquello"– ese acto, ¿lo es de la razón comunicante o de la voluntad?

Esto supuesto, el acto de imperio contiene un orden, una regla de conducta. Al decir "haz esto" o "debes hacer esto", el imperante

regula la conducta del imperado, le dicta una regla. De ahí la ambivalencia, en algunos idiomas como el castellano, de las palabras orden y disposición: designan un orden y una orden; la disposición de las cosas que se quiere y el mandato. Justamente al contener el imperio una regla u ordenación, se plantea la cuestión que estamos tratando: a quién pertenece ordenar, dar reglas ¿a la razón o a la voluntad? Si establecer un orden, si ordenar es un arte, entonces el acto de imperio corresponde, en última instancia, a la razón práctica, sin perjuicio de que también la voluntad tenga una función respecto de dicho acto.

Este que acabamos de enunciar es el punto principal. A veces no se entiende bien el problema al aplicarlo a la ley, porque es evidente que la ley, como la norma que deriva de un contrato, no es simplemente una idea, sino que se trata de una ordenación *querida* (luego requiere la voluntad). Pero no es éste el punto que se debate. Que en el acto de imperio interviene la voluntad no se pone en duda, pues un mandato determinado es habitualmente una elección entre diversas posibilidades y la elección corresponde a la voluntad. Además si alguien impera, manda, es porque quiere –voluntad– que lo mandado se cumpla. Lo que está en tela de juicio –y dividió a los autores– es si el mandato u orden expresado en "haz esto" o "debes hacer esto" es un acto de la razón práctica o lo es de la voluntad. En cuanto decisión, en el proceso de formación del acto de imperio interviene la voluntad, pero el acto por el cual se impera mediante la intimación enunciativa –"haz esto", "debes hacer esto"– ¿es un acto de razón o de voluntad?

Junto a este problema que podemos llamar psicológico, hay otro que se entremezcla y que no siempre los autores supieron separar: gobernar, dirigir, ¿es un arte, cosa propia de la razón, o consiste en hacer prevalecer una voluntad, que, por ser superior, se impone?

c') Tomás de Aquino. El representante más preclaro del intelectualismo moderado es Tomás de Aquino. De él nos interesa lo que escribió acerca del acto de imperio y sus tesis sobre la función de la razón en la génesis de la ley.

En relación al primer punto, es fácilmente perceptible que el Aquinate fija su atención en el acto de imperar, es decir, en la acción de dar un mandato o una orden. En este sentido, es claro que imperar consiste en mover al imperado, pero no de cualquier modo, sino con una intimación enunciativa (que enuncia una orden a otro: "haz esto", "debes hacer aquello"), lo cual es ciertamente propio de la razón[55]. En efecto, intimar consiste en el acto por el cual se dirige el mandato al imperado; en este sentido el imperio o mandato opera en un contexto comunicativo, de quien manda a quien debe obedecer. Delimitado así el acto de imperio no se puede negar que sea un acto de razón, pues la relación de comunicación es intelectual (de entendimiento a entendimiento, mediante el signo manifestativo: palabra o escritura). Por otra parte, el que impera o manda, dirige al otro hacia unas conductas determinadas, ordena o regula sus actos –da una regla de conducta–[56]; y reglar, ordenar las cosas o dirigir hacia un fin –el orden– es propio de la razón. Luego también por esta función del imperio, el acto de imperar pertenece a la razón. Ahora bien, si el acto de imperar es un acto de razón que tiene la virtualidad de mover a la obediencia, esto no quiere decir que en el acto de imperio no intervenga la voluntad. Ese acto de razón –afirma Tomás de Aquino– contiene virtualmente el acto de voluntad, por cuya fuerza la razón puede

55. "Imperar no es mover de cualquier modo, sino con una intimación enunciativa a otro, lo que es propio de la razón". *Summa Theologica*, I-II, q. 17, a. 1, ad 1.

56. Al hablar del acto de imperio, Tomás de Aquino utiliza constantemente el verbo *ordino*, *-are*. ¿Qué significado tiene este término? En el latín antiguo *ordino* no significó mandar, sino poner en orden, ordenar (con multitud de matices); llegó a tener el sentido político de regir, pero en el aspecto de regular, administrar, establecer un orden, etc. Es en la época postclásica y en la baja latinidad cuando *ordo* fue usado como mandato, precepto; y *ordino* como mandar, imperar, dar una orden o precepto. Cfr. las voces correspondientes de AE. FORCELLINI, *Lexicon...*, cit. III (Patavii 1830), págs. 354 y 355; CH. T. LEWIS-CH. SHORT, *A Latin Dictionary*, cit., págs. 1277 s.; A. BLAISE, *Dictionnaire latin-français des auteurs chrétiens*, cit., págs. 583 y 384; C. DU CANGE, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, VI (reprod. Graz 1984), págs. 58 y 64 s.; J. F. NIERMEYER, *Mediae latinitatis lexicon minus* (Leiden 1976), págs. 743 y 745 s.

En Tomás de Aquino *ordino* tiene el sentido de reglar, regular, dirigir, lo que para él es propio de la razón.

mover con su mandato a la obediencia. La fuerza movente del acto de imperio procede de la voluntad, captada por la razón y conminada al que ha de obedecer, de modo que la moción imperativa de la razón procede originariamente del impulso de la voluntad. En consecuencia, el acto de imperio es un acto de razón, que presupone un acto de voluntad[57].

Esto supuesto, cabe preguntarse por la función de la razón en el acto de imperio: meramente trasmisora o constructora del orden. Como sea que al imperar se ordena la conducta de otro, en el doble sentido antes indicado de mandar y dar una regla u ordenación, ¿de dónde procede esta regla, de la razón o de la voluntad? Para contestar a esta pregunta según la mente y la letra de Santo Tomás hay que acudir a su teoría general de los actos humanos y a cuanto dice expresamente de la ley.

Todo agente inteligente –pone de relieve el Aquinate– obra por un fin[58]. El fin no es otra cosa que el bien en cuanto es apetecible; es, pues, objeto del apetito intelectual o voluntad. Lo que mueve la acción humana es la voluntad, que apetece y quiere el fin. Por lo tanto, el primer principio motor de los actos humanos es la voluntad. Ahora bien, la voluntad es apetito del bien, no potencia cognoscitiva, que lo es la razón. Lo que hay de conocimiento, de

57. "Imperar es acto de la razón, pero presupone otro acto de voluntad. Para evidenciarlo basta considerar que los actos de la voluntad y de la razón mutamente se sobreponen, pues la razón delibera sobre el acto de querer, y la voluntad quiere deliberar; por lo mismo, a veces el acto de la razón precede al de la voluntad, y viceversa. Y como la influencia del primer acto se prolonga en el siguiente, con frecuencia ocurre que un acto es de la voluntad, pero conservando virtualmente algo del acto de la razón, como se ha dicho del uso y de la elección. Y, a la inversa, puede ser acto de la razón y permanecer en él virtualmente el acto previo de la voluntad.

Ahora bien, imperar es por esencia acto de la razón, pues el que impera dirige a otro a hacer una cosa, intimándole la orden o significándole lo que ha de hacer, y esta ordenación es acto racional... Mas siendo la voluntad, como se ha dicho, el principio que mueve a las demás facultades a la ejecución del acto, las cuales, por lo tanto, no mueven sino en virtud de su moción primera, se sigue que la moción de la razón, cuando impera, procede del impulso de la voluntad. Resulta, pues, que el imperio es un acto de la razón, mas presupone otro de la voluntad, en virtud del cual la razón puede mover con su mandato al ejercicio del acto". *Summa Theologica*, I-II, q. 17, a. 1.

58. *Summa Theologica*, I-II, q. 1, a. 1.

saber –especulativo o práctico– en los actos del hombre como persona procede de la razón. Por lo tanto, los medios conducentes al fin, y entre ellos la conducta correcta para obtener el fin, son aportados por la razón; se trata, en efecto, del arte o ciencia –saber– del obrar o del hacer. Todo intento de obtener un fin supone un plan o diseño, una regla –una *ordinatio* u ordenación– de la conducta a seguir, todo lo cual es saber o conocimiento prácticos. Ordenar, regular, dirigir, hacer un plan o diseño, organizar, etc., son actividades propias de la razón. Las reglas o normas pertenecen a la razón.

En definitiva, ordenar –regular– es función propia de la razón, que es la potencia que realiza la función de guiar. Hay que hablar, por lo tanto, de una primacía de la razón, que es luz que guía al hombre y por consiguiente a la voluntad. El apetito racional o voluntad, en tanto que es apetito, no ve, es ciego; apetece según la razón de bondad de las cosas que le presenta la razón.

Pasando ya a cuanto Tomás de Aquino escribió en el tratado de la ley, debe ante todo advertirse que no se refiere a las que hemos llamado normas constitutivas; entiende la ley como una regla o medida de los actos, por cuya virtud el destinatario es inducido a obrar (mandato) o apartado de una conducta (prohibición)[59]. Esta posición del Aquinate es coherente con su modo de tratar de la ley. Lo que estudia Tomás de Aquino son los actos humanos, en una perspectiva que hoy podríamos decir de filosofía moral, respecto de los cuales la ley opera como principio extrínseco. Fija, pues, su atención en la ley como regla de conducta.

Si la ley es regla de conducta, de acuerdo con su doctrina sobre los actos humanos la ley aparece como un acto de razón, pues pertenece a la razón la función de ordenar y reglar las cosas hacia su fin, que es el principio primero de la operación[60]. Como sea que mover hacia el fin pertenece a la voluntad y la ley es un acto de imperio de la razón, este acto de razón presupone el acto de voluntad que quiere el fin, en este caso el bien común de la sociedad y el aspecto de ese bien al que tiende la ley. Ahora bien,

59. La ley es estudiada por el Aquinate en cuanto regla y medida de los actos; cfr. *Summa Theologica*, I-II, q. 90, a. 1.
60. *Summa Theologica*, I-II, q. 90, a. 1.

la regla u ordenación al fin pertenece a la razón, no es un acto arbitrario de la voluntad, sino una ciencia o saber; por lo tanto, en relación a la regla, es la razón la que guía a la voluntad, por lo que la norma no es un acto arbitrario, sino un acto racional.

Nos encontramos aquí con una consecuencia decisiva, a la que antes aludíamos. La razón, cuando conoce –y aun cuando inventa– descubre las posibilidades objetivas de lo real. En eso consiste la racionalidad. Un acto irracional no es un acto normal de la razón, sino una distorsión de la razón, puesto que no refleja la realidad, que es la función propia y normal de la razón. Un acto irracional es producto de una disfunción de la razón. Ahora bien, una regla u ordenación, aun admitiendo a veces distintas posibilidades, está predeterminada por la dirección correcta hacia el fin, esto es, por la realidad; si se separa de esa dirección correcta es una mala regla, o por mejor decir, no es una regla u ordenación, sino un desorden. Por lo tanto, respecto de los medios en orden al fin, es la razón quien ha de regular a la voluntad. Si se impone, no la razón, sino la voluntad arbitraria, el resultado es una regla distorsionada que, en cuanto tal, no es verdadera regla o medida, sino una desmedida. Por eso, sólo puede decirse que "quod principi placuit habet legem vigorem", si se entiende de la voluntad racional –guiada por la razón–; en el caso contrario de voluntad arbitraria, no se trataría de una ley, sino de una injusticia[61].

d') *Voluntarismo moderado*. Postura distinta del intelectualismo es el voluntarismo, según el cual la ley es producto de la voluntad, es un acto de la voluntad, porque a esta potencia corresponde la primacía y, por lo tanto, es la que impera, guía y conduce el obrar humano.

Ya en la Antigüedad, como hemos insinuado, hubo atisbos de posiciones voluntaristas, según aparece, entre otros textos, en el citado diálogo *Minos*, en el que el interlocutor de Sócrates afirma que la ley es una "decisión de la ciudad"; todo decisionismo es una forma de voluntarismo. Mas, de acuerdo con lo antes dicho, es a partir de la Edad Media cuando encontramos fuertemente implan-

61. *Summa Theologica*, I-II, q. 92, a. 1 ad 3.

tada la concepción voluntarista de la ley, como consecuencia de la extensión del voluntarismo teológico y antropológico.

Aunque en San Buenaventura se encuentran ya tesis voluntaristas, al defender el primado del amor sobre el conocimiento, es Duns Escoto el representante más caracterizado del voluntarismo moderado medieval. Según este autor, la voluntad es la potencia más noble, la que tiene la primacía sobre la razón, la cual sirve a la voluntad y por ella es guiada, pues la voluntad impera al intelecto[62]; imperar sólo conviene a la voluntad[63]. De lo cual se sigue que la ley es un acto de voluntad. La ley natural expresa la voluntad divina, según una intrínseca bondad en los preceptos que se refieren al amor a Dios, o sea, los llamados preceptos de la primera tabla, y según una voluntad no vinculada en los demás. Consecuentemente, se deduce que la ley positiva representa la voluntad del legislador; sin embargo, no se trata de una voluntad irracional, pues es requisito de la ley ser justa, para lo cual son necesarias la autoridad competente y la prudencia, esto es, la conformidad con la recta razón[64].

El autor más conocido, dentro del voluntarismo moderado, es Suárez por el extenso y sutil análisis que hace de la cuestión. Para el ilustre autor granadino la ley es un acto de voluntad y la voluntad del gobernante es la causa de la obligación de obedecer. No se trata, sin embargo, de una voluntad absoluta o arbitraria, sino de una voluntad recta y justa, "porque la ley es medida de la rectitud; mas la ley inicua no es medida de la rectitud de la obra humana, antes bien la acción que es conforme a ella es acción inicua y, por lo tanto, no es ley, sino que participa del nombre de ley por cierta analogía, en cuanto que prescribe cierto modo de obrar en orden a un fin"[65]. Por lo tanto, "es de esencia de la ley

62. Vide, por ejemplo, *Quaestiones in IV librum Sententiarum*, dist. XLIX, quaestio ex latere, n. 16, en *Opera omnia*, XXI (Parisiis 1894), pág. 151.

63. *Quaestiones in IV librum Sententiarum*, dist. XIV, q. II, 5, en *Opera omnia*, XVIII (Parisiis 1894), pág. 52.

64. *Quaestiones in IV librum Sententiarum*, dist. XV, q. 2, 6, en *Opera omnia*, XVIII, cit., pág. 265 s.

65. *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador*, lib. I, cap. I, nº 3, ed. cit., pág. 17 s.

que se dé justamente, y toda la ley dada de otro modo no es verdadera ley"[66], siendo "de esencia de la ley que sea conforme a razón"[67]. Lo cual pone de manifiesto que para Suárez no se trata de una voluntad ciega y arbitraria, sino de una voluntad iluminada por la luz de la razón.

La base del voluntarismo de Suárez está en la negación de que la razón tenga una función imperativa; no le reconoce a la razón otras funciones que conocer (*cognitio*) y juzgar (*iudicium*)[68]. Por lo tanto, la razón no impera, aunque sí juzga acerca de la rectitud.

En el proceso de génesis de la ley, Suárez advierte los siguientes actos principales del legislador: un acto de voluntad por el que quiere el fin general de todo gobierno o bien común, al que sigue el acto del entendimiento que estudia las posibles leyes; se da, después, el juicio del entendimiento, por el cual se establece que tal ley es conveniente a la república y que conviene que sea guardada por todos; por último, hay el acto de voluntad por el cual se elige y se quiere tal ley con fuerza de obligar. Este último acto es el que constituye para Suárez la ley como vinculante y obligatoria. Después de esto, sólo falta la promulgación o comunicación a los súbditos (la *locutio*). Niega, por lo tanto, el acto de intimación como acto de imperio de la razón, a la que no reconoce, como ya hemos dicho, la función de imperio.

Esto supone entender, y así lo declara expresamente Suárez, que la voluntad es regla y medida de las acciones humanas, así como la potencia que ordena los medios al fin, porque ella es la que tiende al fin y elige los medios a él relativos[69].

e') *Voluntarismo extremado*. El voluntarismo extremado se caracteriza por establecer la plena subordinación de la razón a la voluntad, entendiendo a ésta como potencia absoluta. La primacía de la voluntad implica que ésta se constituye en regla o medida primera y originaria, sin sujeción a una objetividad de lo real. Ello

66. Ob. cit., lib. I, cap. IX, nº 7, ob. cit., pág. 173.
67. Ob. y loc. cits.
68. Cfr. *Tractatus de divina praedestinatione et reprobatione*, lib. I, cap. XVI, en *Opera omnia*, I (Parisiis 1856), págs. 297 ss.
69. *Tratado de las Leyes*, cit., lib. I, cap. V, nº 6, ed. cit., págs. 93 s.

supone que la voluntad como tal es libre, en el sentido de ser de suyo arbitraria (no vinculada a una regla objetiva inherente a la realidad de los seres); la voluntad es *ab-soluta* (no vinculada). Por consiguiente, toda norma o regla que obliga por un imperio, es una voluntad del imperante, cuya *razón* es justamente ser voluntad imperante. Fácilmente puede observarse que, para el voluntarismo extremado, al tema de la *rationabilitas* o racionalidad de la norma resulta vacuo, pues ninguna racionalidad (regla o medida inherente a lo real) vincula a la voluntad. La norma es obligatoria como voluntad y no como razón.

El origen del moderno voluntarismo extremado –que se adueñó, sobre todo a partir del s. XIX, de la filosofía del derecho y de la ciencia jurídica y es consustancial con el positivismo– se encuentra en Guillermo de Ockham, con su idea de la voluntad divina y de su omnipotencia como *potentia absoluta*. Así, para este autor, el derecho natural no sería otra cosa que expresión de la voluntad de Dios, que podía haber mandado lo contrario[70]. A partir de Ockham, que instauró la que se llamó *via moderna*, el voluntarismo extremado influyó en gran medida en el pensamiento filosófico y jurídico. A través de autores como Hobbes, Pufendorf, Tomasio y Rousseau, el voluntarismo marcó el pensamiento jurídico moderno, en el que tal modo de pensar se generalizó[71].

10. RAZÓN Y VOLUNTAD EN LA GÉNESIS DE LA NORMA. Los trazos histórico-doctrinales que brevemente hemos esbozado ponen de manifiesto que el tema que estamos tratando tiene profundas raíces antropológicas y dista de ser de fácil solución. Intentaremos a continuación exponer algunas reflexiones sobre esas cuestiones, dentro de la brevedad que imponen los límites de estas lecciones.

a) La racionalidad como regla del obrar. El primer tema que se plantea es el de si el obrar del ser libre es en su base anómico, sin

70. Sobre Ockham puede consultarse, G. FRAILE, *Historia de la filosofía*, II, 2ª ed. (Madrid 1966), págs. 1111 ss.; F. COPLESTON, *Historia de la filosofía*, ed. castellana, III (Barcelona 1971), págs. 52 ss.; J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, cit., págs. 189 ss.

71. Vide L. LEGAZ, ob. cit., págs. 384 s.

regla, de modo que la voluntad es de suyo arbitraria (es su propia regla); o, por el contrario, si hay en la realidad una norma objetiva de rectitud, que, no siendo el puro querer de la voluntad, hace recto o tortícero, correcto o incorrecto el obrar del ser libre. A esa objetividad, que es regla o norma de la rectitud de la voluntad, la llamamos racionalidad, por ser la razón la que la muestra o enseña, aunque no la constituye. Decir que se debe actuar o se actúa según la recta razón, no significa sino el deber de actuar o la actuación conforme a lo real, a la realidad que la razón conoce como regla.

Vista así la cuestión, no cabe duda de que el actuar del ser inteligente debe ser racional en un doble sentido: actuación según el propio ser y según la realidad objeto de la operación. En primer lugar, es claro que todo acto es expresión del ser, de modo que el ser actúa conforme a su propia entidad. La estructura del ser, su naturaleza, como principio que es de operación, marca la regla del obrar. Y la marca de dos maneras: en un sentido ontológico y en un sentido moral. En sentido ontológico, porque ningún ser puede actuar fuera de sus capacidades naturales; así, por ejemplo, el hombre no puede volar por sí mismo o vivir dentro del agua, sin aire, a modo de pez. Todo acto ontológicamente correcto es puesto según la estructura u orden de la potencia y de la capacidad: el escultor hace una buena escultura si maneja correctamente –según las reglas del arte– sus manos. Pretender otra cosa –que el acto surgiese sin potencia o capacidad–, sería tanto como pretender que del no-ser –de la nada– surgiese algo que es: el acto; lo cual es una imaginación sin fundamento.

Esto, que es válido para todo ser, se aplica también al ser inteligente, para el cual el orden o estructura de su ser es regla racional de su actividad, en cuanto tal estructura es conocida por la razón, de modo que dicha regla forma parte del saber actuar, del actuar ontológicamente recto mediante la prudencia y las diversas artes.

La racionalidad marca asimismo la regla del obrar en sentido moral. El orden moral es orden del deber-ser. Pero por deber-ser no hay que entender un principio formal meramente racional, no deducido del ser, sino una exigencia del ser. De lo contrario el deber-ser sería una anomalía de la razón, pues nada habría que ofreciese un fundamento al deber-ser. ¿En virtud de qué habría un

deber-ser, si nada en el ser debiese ser? Sería una pura arbitrariedad de la razón, algo anómalo. Si el deber-ser es *recta ratio*, razón recta, es porque el juicio de deber-ser explicita una exigencia del ser, algo que postula ser. Y como sea que el deber-ser pertenece al dinamismo del ser inteligente, a su operación, dice relación a lo que el ser humano tiende a ser más plenamente, es decir, a su finalidad. En consecuencia, el deber-ser implica una estructura dinámica, un orden u ordenación al fin. Como proviene de una exigencia del ser, ese orden u ordenación no es arbitrario, sino que es aquel recto dinamismo que alcanza el fin, pues hay una rectitud que consiste en el correcto desarrollo de la operación, de modo que obtenga el fin. Estamos en presencia de algo dado, de un orden u ordenación, no puesto arbitrariamente por la voluntad, sino dado objetivamente, y conocido y manifestado –dictado– por la razón.

Si el ser inteligente ha de obrar conforme a su propio ser, igualmente tiene que operar de acuerdo con la realidad objetiva de aquello que es objeto de operación. Ello es cierto en el orden moral, según acabamos de ver, pues en el obrar moral la realidad operada coincide con el sujeto de la operación, la persona humana. En efecto, la conducta moral es una realización del ser personal, es una operación que, en cuanto moral, no trasciende del sujeto, sino que lo perfecciona (o lo degrada, si la conducta es inmoral). Vale, en consecuencia, lo dicho antes respecto del deber-ser.

Igualmente es cierto, por ser hecho de cotidiana experiencia, que en el hacer u obrar respecto de entes exteriores se ha de respetar la estructura objetiva de dichos entes. Esto es lo que da lugar a las distintas y múltiples artes. Para construir correctamente un edificio es preciso tener presente la resistencia de los materiales, su aptitud para la función a que se destinan, etc.; como es obvio, no puede construirse un rascacielos con cartón, ni pretender que por las ventanas entre la luz, si los vanos se cubren de madera o de cemento en lugar de vidrio. Los distintos oficios tienen su propio arte, o ciencia práctica, que es conocimiento –saber, función de la razón– de las leyes objetivas o estructura de la materia objeto del operar. También en este caso, el obrar del ser inteligente se funda en una racionalidad o ciencia de la objetividad, propia de la razón. Esto es, en definitiva, lo que plantea la ecología. El hombre no

puede usar voluntaristamente de su entorno natural, sino según las leyes del ecosistema.

La racionalidad de la que hemos tratado en este apartado es aquella a la que la filosofía antigua, griega y romana, especialmente la estoica, se refería al hablar de vivir según la naturaleza, esto es, que el hombre debe obrar según su naturaleza y tratar los demás seres según la suya.

b) *La función de ordenar*. El segundo punto sometido a reflexión se refiere a la función de ordenar o reglar, que coincide con la función de ordenar los medios al fin, pues toda regla u ordenación dice relación a un fin, especialmente cuando se trata de reglar u ordenar las operaciones.

Antes de entrar a hablar directamente de este tema, parece conveniente aclarar un extremo acerca de la intervención de la razón y de la voluntad en los actos humanos. Un acto humano, es decir, aquel acto realizado por el hombre según su condición de persona –no aquellos actos de los que el hombre no es responsable–, es siempre un acto en el que necesariamente intervienen la razón y la voluntad. Si falta la intervención de alguna de estas dos potencias, el acto deja de ser humano. Por lo tanto, allí donde hay una operación humana personal, hay necesariamente racionalidad y voluntariedad. Si el acto no es voluntario, querido, no hay índole humana en él; y si no hay conocimiento, propiamente tampoco hay voluntariedad, pues la voluntad sólo puede querer lo conocido: *nihil volitum quin praecognitum*. Siendo, pues, necesaria esta intervención de la razón y de la voluntad en el acto humano, resulta secundario, a efectos del tema que estamos estudiando, que un acto lo sea de la voluntad o de la razón, pues en cualquier caso ambas potencias tienen una causalidad necesaria, sea actual o virtual.

Lo más importante y decisivo en lo que ahora nos interesa es la función necesaria de la razón en el acto humano. Ello es así, porque la razón no se limita a conocer lo posiblemente querido, sino que hace presente la racionalidad del acto en los términos antes indicados. Por lo tanto, hace presente a la voluntad la regla técnica y, en su caso, la regla moral que rige el acto. La voluntad recibe de la razón la norma objetiva del obrar; puede la voluntad

rechazar esa norma, pero entonces cae en el desorden, lo cual no es lo conforme y adecuado a la persona humana. En todo caso, la voluntad irracional no es la buena regla, sino el desorden arbitrario.

Cuando los autores voluntaristas atribuyen a la voluntad la función de ordenar y reglar confunden la ordenación con la volición de esa ordenación o regla. Ordenar y regular presupone necesariamente querer el fin y, por lo tanto, querer los medios, con el orden y la regla. Pero el orden y la regla los pone, de suyo, la razón. Ello es consecuencia de la objetividad de lo real como vimos: la regla y el orden los abstrae la razón de la realidad. Incluso cuando el orden o la regla se inventan, tal operación es propia de la razón –ayudada por la imaginación–, porque no es la voluntad la que inventa, sino la inteligencia. La inventiva es facultad propia de la razón, de modo que, en definitiva, todo invento consiste en hallar, como decíamos, las posibilidades encerradas en la realidad. Inventar es propio del saber, de la ciencia, no del querer.

Supongamos la edificación de unas viviendas. Naturalmente que, para que se produzca todo el proceso de edificación, es preciso quererlo: es la voluntad del fin, que incluye la volición de los medios. Esto supuesto, la edificación supone los planos de la casa, el cálculo de resistencia de materiales, proyectar la forma y la fachada, etc. Pues bien, es obvio que todo esto es obra de un arte, el arte de la arquitectura, que es un saber o ciencia práctica; es actividad de la inteligencia. La estructuración de los elementos de la construcción, el orden o regla de la edificación es propio de la razón. Es obvio que el arquitecto no proyectaría, no haría los cálculos, no confeccionaría los planos, si faltase la voluntad de hacerlo; esto nadie lo pone en duda, pero la regla la da la razón. La voluntad mueve –es la potencia movente como se reconoce unánimemente por obvio–, mas el acto es de la razón, la cual pone la regla, que es la racionalidad.

A su vez, el proceso de construcción –la realización de la obra por albañiles, fontaneros, calefactores, vidrieros, etc.– sin duda está movido por la voluntad: cada acción de los obreros es un acto de voluntad. Empero, la regla la dan los planos en cuanto

conocidos y el arte de cada uno de los oficios que intervienen en la construcción. La regla es cosa de razón práctica, de arte, de conocimiento, que es lo que guía –regula– la acción.

Así, pues, regular y ordenar es un acto humano en el que intervienen la voluntad y la inteligencia, ya que se trata de reglas y ordenaciones queridas. A la vez hay que decir que se trata de un acto humano de la inteligencia o razón. Si se pretendiese –como parece ser la tesis de los voluntaristas– que la voluntad es la que regula y ordena, porque en cada caso acepta la regla y mueve a seguirla, esta pretensión sería inaceptable, porque siempre sería verdad que la regla y el orden no los produce la voluntad, sino que los deduce la razón. Lo único que esta intervención de la voluntad indica es que ordenar y regular es un acto humano, en el que interviene lógicamente la voluntad.

Respecto de la función de ordenar los medios al fin, vale cuanto hemos dicho acerca de la regla y el orden, pues tal función no es otra cosa que un caso de ordenación. Valga, pues, lo que hemos dicho en líneas anteriores *mutatis mutandis*.

Si se trata, por ejemplo, de unir las dos riberas de un río por un punto determinado, con el fin de transitar por el artificio de unión, resulta obvio que las soluciones posibles las aporta la inteligencia: construir un puente, establecer una hila de barcazas, etc. La inteligencia aporta también los pro y los contra de cada solución. Sin duda pertenece a la voluntad elegir la solución que se ha de practicar, pero la ordenación de los medios –v. gr. cómo hay que disponer las barcazas o cómo edificar el puente– pertenece a la razón. Todo cuanto es regla u ordenación es cosa propia de la inteligencia.

c) *El acto de imperio*. Entramos ahora en una cuestión muy próxima al tema de la norma jurídica: ¿es el acto de imperio un acto de razón o un acto de voluntad? Para contestar a esta cuestión con brevedad y sin perderse en sutilezas, debemos recordar que el acto humano requiere la intervención conjunta de la voluntad y de la razón. Por lo tanto, como el acto de imperio es un acto humano, ni es un acto intelectual sin más, ni pura voluntad: es de razón y de voluntad. En síntesis hay que decir que el acto de imperio supone

la voluntariedad en cuanto contiene una moción –fuerza de mover– y la racionalidad en cuanto contiene una *ordinatio*, un orden o regla del obrar. En lo que a nosotros interesa debe decirse que el acto de imperio, al contener un orden o regla, está de suyo dotado de racionalidad. En consecuencia un imperio irracional es un acto distorsionado y distorsionante, un acto corrupto.

Penetrando más en el asunto, se observa que el acto de imperio es un acto de gobierno, de dirección de conductas. Así, el policía que manda circular a los automóviles por tal o cual carril de la carretera, dirige la circulación y da una regla de conducta. Cualquier mandato es un acto de gobierno, de dirección. Ahora bien, dirigir y gobernar es reglar, ordenar, dar una regla vinculante. Pero, como repetidamente hemos dicho, reglar u ordenar es un acto típico de la razón; luego el imperio es un acto de razón. Naturalmente que no es sólo razón; en cuanto es un acto humano contiene un querer. Si no contuviese un querer, si la ordenación no fuese objeto de volición, no sería imperio, sino consejo o simplemente una opinión. Es obvio, por lo tanto, que el acto de imperio es un acto de razón, que contiene virtualmente y transmite un querer. En otras palabras, es un acto humano en el que intervienen la voluntad con su fuerza movente y la razón con su potencia ordenadora. Eso sí y concluyendo, es un acto humano de razón.

Por ser un acto de razón, la racionalidad, en los términos antes descritos, es una dimensión esencial del imperio; sin racionalidad el imperio se desvirtúa y corrompe y se queda en voluntad arbitraria sin fuerza de obligar.

d) *El carácter vinculante de la norma. a'*) Conviene ahora tratar de una nueva cuestión. Como hemos puesto de relieve y, por lo demás, es obvio, la norma jurídica es obligatoria y vinculante; pues bien, ¿de dónde procede el carácter vinculante de la norma? Para quienes identifican la norma jurídica con la ley toda la cuestión se reduce al poder: la ley es un acto de poder, luego es un acto de imperio que obliga o vincula a obedecer. La norma jurídica es una regla imperativa, cuya obligatoriedad proviene del imperio propio del poder. Desde esta perspectiva, la voluntad del órgano de poder

–su razón para los intelectualistas– se constituye en regla de la acción del destinatario de la ley. Adquiere entonces una resonancia decisiva la cuestión de si el acto de imperio es de razón o voluntad, pues si la voluntad como potencia libre y absoluta es regla de la acción del destinatario de la norma, la resultante es que la norma jurídica es regla válida, sea o no racional.

En todo caso, la relación norma-obediencia la han solido establecer los autores como relación ontológica entre la razón o la voluntad del poder y la razón o voluntad del destinatario. Por eso, en la filosofía escolástica, aun haciendo sus seguidores uso de la analogía, la cuestión estudiada se trata unitariamente para la ley divina y la ley humana. La razón y la voluntad divina, en su relación ontológica con la razón y la voluntad humana, son medida o regla de estas últimas. Análogamente, la razón o la voluntad del gobernante son medida o regla de la razón o voluntad del destinatario; por eso se habla de superior (situación de superioridad) y de inferior, o de soberano y súbdito. En la filosofía jurídica moderna, inmanentista, se silencia la ley divina (negada cuando se niega la existencia de Dios), pero se mantiene, más o menos confusamente, la visión del poder como una voluntad que es capaz de imponerse, y en cuanto se impone es regla vinculante.

Pues bien, de acuerdo con este estado de la cuestión, nos parece que hay que advertir dos cosas: primera, la norma jurídica no es sólo la ley sino también el pacto; segunda, en las relaciones humanas, la relación entre el autor de la norma y el destinatario no se ha de plantear en términos *ontológicos* de superioridad e imposición, sino que, por tratarse de hombres esencialmente iguales, la relación ha de establecerse en término *jurídicos* de función y servicio, o de compromiso –engagement– según los casos.

b') Comenzando por este segundo punto, debemos rechazar, por el principio de igualdad, la pretensión de que una razón o voluntad humanas se constituyan, por relación de superioridad o de imposición, en una situación ontológica de regla o medida respecto de otras razones o voluntades humanas. El principio de igualdad es una manifestación de la igualdad radical ontológica de

todas las personas humanas en cuanto tales y, por lo tanto, en cuanto dotadas de razón y voluntad. Ninguna razón o voluntad humanas es superior, en el sentido de ser regla o medida de otras. Sólo la razón y la voluntad divinas, en cuanto divinas, de las que las razones y voluntades creadas son participación, se constituyen en regla y medida ontológicas de la razón y de la voluntad humanas, como ejemplar de lo participado.

Tampoco es admisible la superioridad por imposición o fuerza. En primer lugar, la fuerza no es el sistema originariamente propio de las relaciones humanas. El sistema originario de fuerza es propio del mundo animal, regido por leyes naturales. El hombre, en cambio, se rige por leyes racionales, es decir, por el derecho, que es el sistema racional de las relaciones entre hombres, como corresponde a la dignidad de la persona humana, dotada de un ser racional y libre. El principio del obrar humano reside en la razón y la voluntad, según sus funciones complementarias, no en la imposición o fuerza. La fuerza sólo es admisible en una situación de falencia del hombre: cuando el hombre perturba el orden social justo, por una conducta que, en cuanto desordenada e injusta, resulta ser irracional. La fuerza es sólo un subproducto del derecho[72].

En segundo lugar, el principio de igualdad rechaza de raíz la dominación o imposición de unos hombres pretendidamente superiores sobre otros supuestamente inferiores. Por la igualdad ningún hombre es superior a otros, en cuanto a una posibilidad legítima de imponerse a ellos. Si se da una situación de fuerza superior capaz de imponerse, tal superioridad es de hecho, no de derecho, pues según derecho todos los hombres son iguales y cualquier imposición meramente fáctica es ilegítima y pura violencia. Todo hombre es dueño de sí. Pasar del hecho –superioridad fáctica de fuerza– al derecho (es decir, esta superioridad de hecho da potestad legítima de dar normas) es justamente el caso más claro de la falacia naturalista y de corrupción de la idea de derecho, corrupción por lo demás típica del positivismo.

72. En este sentido vide J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, cit., págs. 66 ss.

La situación de gobernante, dotado del poder de gobernar y dirigir, no es ontológica; es una situación *jurídica*, determinada por la estructura de la sociedad, que postula unos órganos rectores. Se trata de una situación jurídica de *función* y *servicio*. Gobernar, estar dotado de poder, es la función propia de un órgano de la sociedad, que cumple un servicio, satisfaciendo una necesidad de la sociedad. Esto supuesto, gobernar, dirigir, dar normas no es una relación personal de superioridad o imposición, sino una relación jurídica de servicio (orgánica en el Estado de Derecho). Por lo tanto, la obligatoriedad de la norma no emana de la voluntad del gobernante, sino de la relación jurídica entre el órgano dotado de facultades normativas y el cuerpo social. La obligatoriedad dimana de la relación jurídica entre el órgano normador y la ciudadanía. Porque el órgano de gobierno tiene la función de gobernar y esta función es necesaria para el correcto funcionamiento de la sociedad, el gobernado está obligado a aceptar y cumplir la norma. Es una *obligación jurídica*, un vínculo de derecho.

Siendo esto así, es obvio que la voluntad arbitraria no es regla para el cuerpo social. La función se ordena al correcto desarrollo de la vida social y, por lo tanto, sólo la regla racional, aquella que responde a la objetividad de las realidades humanas y de la sociedad, es verdadera regla. Es lógico que así sea, porque el ejercicio correspondiente a una situación jurídica es, por su propia naturaleza, un ejercicio racional. Sólo el acto de gobierno dotado de racionalidad es genuino acto de gobierno y de él nace la obligación jurídica. Lo arbitario, lo irracional no engendra ninguna obligación jurídica, pues el derecho es el sistema racional de las relaciones humanas.

c') Por otra parte, la norma jurídica puede proceder del pacto entre iguales. En este caso, si el proceso paccional no está distorsionado –lo cual, de ocurrir, viciaría el pacto–, no puede hablarse de la norma jurídica como procedente de una voluntad superior que domina, sino del concierto de voluntades; no hay una voluntad que se impone como regla a otra voluntad, sino un proceso de concertación o negociación, que termina en un acuerdo. ¿De dónde

viene en tal caso la obligatoriedad de la norma? Evidentemente del pacto, como acto jurídico que engendra una obligación jurídica. Obsérvese que el pacto no es simplemente el hecho psicológico de estar de acuerdo, sino un acto jurídico, con la correspondiente eficacia jurídica. En consecuencia, también al pacto es aplicable que lo arbitrario y lo irracional no da lugar a una verdadera obligación jurídica.

e) *La causa de la norma como acto jurídico*. De lo que acabamos de ver se desprende que el origen de la norma no debe atribuirse a actos de voluntad o razón según su naturaleza ontológica, sino que se encuentra en el *acto jurídico* correspondiente: acto de gobierno o pacto. Lo que importa, pues, es la voluntariedad y la racionalidad en cuanto dimensiones del acto jurídico, porque la causa de la norma no está en la voluntad o en la razón como actos psicológicos, sino en el acto jurídico, con todos los requisitos necesarios para que éste se produzca válida y eficazmente. Por lo mismo, la norma jurídica no es el producto de unos actos psicológicos ni de unas relaciones ontológicas personales, sino que es el efecto jurídico de un acto jurídico –encuadrado en unas relaciones jurídicas–, cuya naturaleza, obligatoriedad y eficacia debe contemplarse *jurídicamente*, esto es, dentro del sistema jurídico y según lo que es propio del derecho.

f) *Voluntad y razón en la norma jurídica*. Por ser la causa de la norma un acto jurídico, no interesa tanto el proceso psicológico de formación del mandato o del pacto, para advertir dónde reside el momento psicológico en el que la norma jurídica se forma en la mente de su autor o autores, como ver de qué modo lo voluntario y lo racional se integran como elementos esenciales en la formación del acto jurídico del que procede la norma.

Lo primero al respecto consiste en que los actos de voluntad y razón son igualmente esenciales en el acto jurídico, pues el acto jurídico es un acto humano y como tal es, a la vez, de razón y voluntad. Sin elemento voluntario o sin elemento racional no hay acto humano y en consecuencia el acto jurídico es inexistente o nulo.

En segundo lugar, es preciso tener en cuenta que la norma jurídica no es un consejo o una sentencia sabia, sino una regla vinculante, o querida como tal por el órgano de poder, o querida y aceptada con este carácter por los que pactan. Por lo tanto, el acto jurídico que causa la norma contiene un acto de voluntad. Lo cual es especialmente necesario en las normas constitutivas, pues la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas, otorgar titularidades, dar funciones, crear órganos, etc., todo ello supone un acto de dominio, que es necesariamente un acto de voluntad.

Ahora bien, la norma jurídica es, decíamos, una *ordinatio*, una ordenación o regla que estructura la sociedad. Esto es válido tanto para las normas constitutivas, como para las normas que regulan conductas. En el caso de estas últimas resulta obvio, pero quizás no lo sea tanto en las normas constitutivas, por lo que conviene decir unas palabras al respecto. No debe confundirse la norma constitutiva, con aquellos actos que, sin ser normas, producen efectos jurídicos, a veces similares. Un contrato de compraventa, por ejemplo, modifica unas relaciones jurídicas, pero no es una norma. En cambio, cuando la constitución de un Estado regula los órganos de poder y administración y crea tales órganos es norma constitutiva, como lo es el estatuto de una sociedad mercantil. Pues bien, el momento constitutivo de tales normas es parte de su acción organizadora y reguladora, por cuanto crean los órganos como forma de organizar y estructurar el cuerpo social; por lo tanto, las normas constitutivas son verdaderas normas o reglas: son *ordinationes* o estructuras.

Si las normas jurídicas son reglas, son obra de la razón. Ya decíamos antes que la función reguladora y ordenadora es propia de la razón. Por lo tanto, la norma jurídica es un acto de razón querido (en el caso del pacto, también aceptado). En cuanto *puesta*, la norma es un acto de razón, que contiene virtualmente la moción de la voluntad.

En cualquier caso, lo importante y decisivo es que elaborar la norma no es propio de la voluntad, sino de la razón. En el caso de las normas procedentes del poder, hacer normas pertenece a un arte, el arte de gobernar, que es una forma de prudencia. Como arte que es, gobernar pertenece a la sabiduría práctica, a una ciencia

práctica, que es el arte de la política. Si el acto jurídico que causa la norma es un acto propio del arte de gobernar, puede decirse que esencialmente es un acto conjunto de razón y voluntad, pero es formalmente un acto de razón.

El decisionismo –doctrina que enseña que la norma jurídica es voluntad– trastoca la naturaleza de la norma, que de producto de una sabiduría y un arte –lo que comporta su esencial racionalidad–, la transforma en una voluntad impuesta, lo cual comporta su deshumanización, rompe el principio de igualdad y convierte al poder en pura imposición, quebrantando su verdadera índole de función y servicio.

De no distinta manera cabe hablar de las normas procedentes del pacto. También ellas son –en su genuina naturaleza– producto de la prudencia o sabiduría práctica. Unas veces las normas paccionadas serán fruto del arte de la política (como los tratados internacionales), otras veces lo serán del arte de la organización y administración de empresas, etc. Por ello, el acto jurídico del que nacen es un acto formalmente de razón, siendo esencialmente un acto conjunto de razón y voluntad.

11. LA RACIONALIDAD DE LA NORMA. *a*) Hemos visto que la regla del obrar humano no es la voluntad arbitraria en ningún caso; por el contrario, sólo la voluntad racional –la voluntad guiada por la razón– es aquella voluntad que mueve el correcto obrar del hombre, de donde se deduce que hay un obrar recto y hay un obrar incorrecto. La línea divisoria entre uno y otro obrar la marca la racionalidad o adecuación de la conducta a la objetiva realidad personal del hombre y del mundo circundante. Más todavía, la norma jurídica, como regla que es, tiene en la racionalidad su formalidad, consecuencia de ser un producto de la razón –por lo tanto, razonable–, aunque implique necesariamente un acto de voluntad. Por lo tanto, una norma irracional –y como tal arbitraria– carece de su elemento formal específico y, en consecuencia, está esencialmente corrupta: si fenomenológicamente puede tener una apariencia de norma, metaempíricamente tiene su esencia corrompida y no es por lo tanto una verdadera norma, no engendra

obligación jurídica. Esto supuesto, corresponde ahora exponer con mayor amplitud la racionalidad de la norma.

b) Si la racionalidad se resume, según hemos dicho repetidamente, en el *realismo* de la norma, entendiendo por tal su congruencia con la realidad objetiva del hombre y de las cosas –la objetividad de lo real–; y si la norma procede de la razón en cuanto es regla, resulta que la racionalidad de la norma equivale a proceder de la *recta razón*, esto es, de la razón rectificada por la prudencia y el arte. Por la prudencia, en cuanto se refiere al actuar humano congruente con la condición de persona propia del hombre (*agere* o *praxis*); por el arte, en cuanto atañe al hacer en relación con las cosas (*facere* o *poiesis*).

c) En efecto, cabe distinguir dos clases o tipos de acciones humanas. Unas podemos considerarlas, por decirlo así, intransitivas: son aquellas acciones que poseen una virtualidad en relación con la persona misma del agente; la perfeccionan o la degradan. Se trata de aquellas acciones que pertenecen al campo de la eticidad o moralidad de la conducta humana, reguladas por hábitos rectos o virtudes y por hábitos incorrectos o vicios. Este actuar o *agere* (*praxis*), si procede de la recta razón, está regulado por la virtud de la prudencia, o virtud del bien obrar, pues llamamos prudencia a la virtud de la razón práctica en lo que atañe al obrar o *agere*.

Otras acciones se distinguen por ser –cabe decirlo así– transitivas: son operaciones que tienen la virtualidad de transformar, de muy diversas maneras y en muy diferentes sentidos, la realidad exterior al hombre, o recaer sobre ella: desde mover un objeto o pintar un cuadro, hasta construir un edificio o curar un enfermo. Estamos en presencia del amplísimo campo del hacer o *facere* (*poiesis*). En estas múltiples actividades, el hombre es guiado, para obrar correctamente, por la recta razón, que es la razón práctica rectificada por el hábito recto o arte de que se trate, modernamente llamado muchas veces técnica.

d) Tanto en el *agere* como en el *facere*, lo mismo en el obrar que en el hacer, la regla de los actos humanos es la recta razón, pero en uno y otro caso la rectitud posee un sentido un tanto distinto, aunque con un elemento común. En el obrar o *agere* la rectitud de la razón o racionalidad se refiere al actuar del hombre como persona, al obrar que corresponde a un ser inteligente destinado a unos fines naturales: al obrar congruente con ser persona. En el hacer o *facere*, la racionalidad se refiere al correcto operar que corresponde a la naturaleza de la realidad sobre la que se opera o en relación con la cual se actúa: a la buena técnica.

e) Según lo que se acaba de decir, la racionalidad de la norma jurídica supone que sea prudente siempre, y además técnicamente adecuada cuando se refiere a un hacer o *facere*. Que deba ser prudente es obvio; tan claro que desde muy antiguo la ciencia del derecho ha sido llamada prudencia del derecho o *iuris prudentia* y al arte de legislar se le ha incluido dentro de la prudencia política. No menos evidente es que una norma que atañe a un *facere* debe ser técnicamente correcta, debe asumir las reglas del arte o técnica de que se trate, y en ello consiste su racionalidad; de lo contrario, no sería una regla u ordenación, sino un desorden.

f) Tres son los requisitos que debe poseer la norma jurídica para que tenga la índole de racional por causa de la prudencia: 1º) que sea conforme con la naturaleza humana; 2º) que esté acomodada al bien común; y 3º) que sea adecuada a la realidad social[73].

a') La conformidad de la norma jurídica con la naturaleza humana no es otra cosa que la conformidad con la moral y la justicia, esto es, con la ley natural y el derecho. Se trata de la más fundamental y radical racionalidad de la norma jurídica como prudente. La *recta ratio* u *órthos lógos*, la razón prudente, es ante todo la razón que guía el obrar humano para que sea conforme con

73. Sobre la prudencia y los requisitos del acto prudente vide J. PIEPER, *Las virtudes fundamentales* (Madrid 1976), págs. 31 ss.; L. E. PALACIOS, *La prudencia política* (Madrid 1945).

lo debido a la persona humana en su calidad de tal, con las exigencias éticas y de justicia propias de la condición personal del hombre. La primaria y basilar rectitud de la razón –la primera y más fundamental rectitud que la prudencia imprime a la razón– es la de que el hombre actúe según su naturaleza, que es obrar en función de sus fines naturales o ley natural moral y también en función del reconocimiento y respeto de los derechos naturales y positivos. En esto consiste esencialmente la *recta ratio* u *órthos lógos* y en esto radica la *Grundnorm* o norma fundamental de toda la conducta humana. Así, pues, la conformidad con la moral y la justicia es la racionalidad fundamental de la norma jurídica. Y en tanto los derechos humanos son derechos naturales, su respeto es parte de la más fundamental racionalidad de la norma jurídica.

b') El segundo requisito de la norma jurídica prudente es la acomodación al bien común. Esta acomodación es propia de la justicia legal y consiste en parte en que –cuando el sistema normativo está jerarquizado, como es habitual en los sistemas jurídicos modernos, o cuando se trata de normas sometidas a la legislación, como es el caso de los actos normativos de la autonomía privada– la norma jurídica de inferior rango respete las normas jurídicas de rango superior y se acomode a ellas. En tanto las normas son la regla de la justicia legal, la acomodación a ellas es requisito de la razón prudente. Pero, por otra parte y más intensamente, la racionalidad postula que la norma jurídica –cualquiera que sea su rango– sea conforme al bien común de la comunidad o sociedad en cuyo seno nace. Tal acomodación es consustancial con las normas jurídicas por cuanto son esencialmente ordenaciones en función del bien común de la comunidad o sociedad para la cual se establecen. Si son contrarias al bien común, las normas aparecen esencialmente adulteradas, por cuanto se lesiona su intrínseca naturaleza. En último término, aunque puede hablarse de bien común en toda sociedad o comunidad por menor que sea, por bien común debe entenderse –por antonomasia– el propio de la comunidad política y, en su caso, de la comunidad humana total. En este sentido, toda norma jurídica debe acomodarse al bien común tomado en su más alto significado, pues

las normas, o son ordenaciones en función de ese bien común –como es el caso de las leyes– o se subordinan a él, como corresponde a toda la vida social. El bien común aparece así como dimensión de racionalidad, que mide la prudencia o *recta ratio* de la que procede la norma jurídica.

c') En tercer lugar, la racionalidad de la norma jurídica como requisito de la razón prudente estriba en la adecuación de la norma a la realidad social. Es ésta una de las características fundamentales de la prudencia. Si la norma jurídica es regla u *ordinatio*, estructura u organización de la realidad social, necesariamente es requisito de racionalidad que sea adecuada a la realidad social de la que pretende ser regla. Es una de las facetas del realismo en el que consiste la racionalidad. De lo contrario, no ordenará ni estructurará a la realidad social; o será inane por ser de imposible cumplimiento, o desordenará y desequilibrará la realidad social. Excelentes normas en teoría, pueden ser inútiles o perjudiciales, si no se corresponden con el estado real de la sociedad o de la parte de ella a la que pretenden aplicarse.

g) Cuando la norma jurídica asume –más o menos intensamente– aspectos de arte o técnica, la racionalidad consiste en la conformidad de la norma con la naturaleza de las cosas. Entendemos por naturaleza en este caso la ontología –el ser de las cosas–, sean elementos filosóficamente calificables de esenciales, sean calificables de accidentales. Ello se resume en seguir las reglas del arte o técnica que corresponda en cada caso. Este requisito de la racionalidad –entendiéndola como venimos haciendo: adecuación a la realidad– es obvio. La naturaleza de las cosas es la estructura y sustancia de lo real exterior al hombre, que condiciona su hacer sobre la realidad objetiva circundante. Actuar contra la naturaleza de las cosas, sobre ser inútil las más de las veces, siempre es irracional por aberrante, contradictorio y arbitrario.

h) En resumen, podemos decir que la norma jurídica es racional cuando es prudente y conforme, en su caso, con el arte o la técnica que asume. Dicho con otras palabras, la norma jurídica

es racional cuando es adecuada a la naturaleza del hombre, al bien común, a la realidad social y a la naturaleza de las cosas.

12. LA RACIONALIDAD PRÁCTICA. *a*) La razón humana es una potencia con dos funciones intelectivas: la función especulativa y la función práctica. Por esta causa se distingue entre la razón especulativa y la razón práctica. Hablar de una doble razón no debe llevar a confusiones. No hay dos potencias racionales, sino una sola razón o potencia intelectiva –una sola inteligencia– con dos funciones o formas de conocer: la especulativa y la práctica. Por tratarse de una sola potencia, la razón especulativa y la razón práctica tienen un fondo común de operar: conocer por intuición o evidencia y, partiendo de unos primeros principios evidentes por sí mismos, por deducción o raciocinio. Pero, fuera de esta estructura fundamental común, que revela la estructura fundamental de la razón, única potencia intelectiva, la forma de llegar a la verdad es peculiar en cada una de las dos funciones; porque no son idénticas la verdad especulativa y la verdad práctica.

b) Ambas verdades, o por mejor decir la verdad, consiste en la adecuación o conformidad del intelecto con el objeto conocido. Pero esta verdad o adecuación tiene diferente matiz según se trate de la verdad especulativa o de la verdad práctica. La adecuación al objeto en la razón especulativa consiste en que la noción o el juicio que alcanza la razón corresponda a la realidad ontológica del objeto; así la noción "el hombre es un animal racional" es verdad, porque efectivamente el ser humano está compuesto de un cuerpo vivo de naturaleza animal y, además, está dotado de la razón, potencia espiritual. El juicio "Pedro es prudente" será verdadero, si efectivamente el tal Pedro es un varón prudente, etc. En cambio, la verdad práctica representa una adecuación del intelecto a la realidad de signo un tanto distinto. En este caso el objeto es la acción humana, la cual será *verdadera* si es *recta*. ¿Qué quiere decir *recta*? La rectitud de la acción se mide por su adecuación al fin al que la acción tiende: o la perfección humana (*agere*, *praxis*), o la perfecta realización de un producto (*facere*, *poiesis*). Una acción es recta, si alcanza el fin propio de ella. Por lo tanto, la verdad práctica

consiste en el seguimiento de la *recta regla* –de la norma correcta–, pues es a través de la regla correcta como la acción alcanza su fin. En otras palabras, la verdad práctica consiste, o en la virtud si se trata del *agere* –adecuación de la acción a la norma moral–, o en el arte o técnica en el caso del *facere*.

c) La norma jurídica no procede de la razón especulativa, sino de la razón práctica, pues es regla de la actividad humana –organización y estructura de la vida jurídica y social, que es actividad– y por ello es fruto de un arte o técnica en unos casos y siempre lo es de la prudencia. La regla jurídica, en último término, es una regla prudencial. Y su racionalidad es la racionalidad práctica o prudencial.

Al ser fruto de la razón práctica y no de la razón especulativa, no es producto de la lógica, en sentido propio. La lógica es la ciencia del correcto razonar especulativo o teorético, particularmente a través de silogismos; entendida así la lógica, la norma jurídica no es una regla lógica, obtenida por razonamientos especulativos, que versan sobre entidades universales y necesarias. La acción humana es una entidad particular y contingente que, aunque pueda involucrar entidades universales y necesarias –como el fin último, la esencia del hombre y de las cosas, etc.–, de suyo no es ni universal ni necesaria; por consiguiente las reglas que ordenan y miden las acciones humanas, entre ellas las normas jurídicas, no son deducibles por las reglas de la lógica, sino que son obtenidas de la realidad concreta –particular y contingente– mediante el razonamiento práctico o prudencial. De ahí que las normas jurídicas sean concretas, contingentes e históricamente variables (dentro, esto último, de ciertos límites, por lo demás amplísimos).

d) A su vez, la racionalidad de la norma es ajena a una consideración racionalista de la norma jurídica. En ningún caso puede ser entendida como forma *a priori* o como forma racional sin contenido. Por el contrario, la regla jurídica se extrae de la realidad social. Tampoco puede entenderse como deducción lógica de unos principios o definiciones mediante una cadena de razonamientos

especulativos; nada de eso es lo propio de la norma jurídica. La ciencia de hacer las normas jurídicas es una sabiduría práctica prudencial, que deduce la norma de las posibilidades que tiene la realidad social, según su estado y circunstancias, para dirigirse rectamente al fin; esto es, para alcanzarlo.

13. LA CARACTERIZACIÓN FILOSÓFICA DE LA NORMA. Hemos visto antes la definición de norma jurídica como *regula iuris*, como regla o estatuto del derecho. Acabamos de ver también que la norma es un acto de razón. Filosóficamente, pues, la norma jurídica aparece con un doble carácter: uno, genérico propio de toda norma, que consiste en ser una *ordinatio rationis*, una regla o estructura racional de la vida humana social; y otro, específico, que es su relación con el derecho: *ratio iuris*.

Por lo tanto, la caracterización de la norma jurídica en el plano filosófico –distinto del científico o técnico (la ciencia jurídica construida a nivel fenoménico)– debe obtenerse a partir de los dos conceptos abstraídos: regla o estructura racional y estatuto del derecho.

Como ya se habló antes de la norma jurídica como *regula iuris*, bastará ahora subrayar la naturaleza de la norma como regla. La norma jurídica se nos presenta filosóficamente como una estructura o regla producto de la razón práctica. Es, pues, esencialmente una *ordinatio rationis*, como escribió Tomás de Aquino[74]. La descripción de la norma como *ordinatio rationis*, regla o estructura de la razón práctica, nos ofrece, pues, la más adecuada caracterización filosófica de la norma jurídica en cuanto que es regla.

Esta caracterización expresa la esencia de la norma jurídica en cuanto regla; por lo tanto, no puede considerarse verdadera norma jurídica aquella que no realiza esa esencia, por no ser racional o por constituir un desorden. Para que la norma sea válida, esto es, verdadera norma jurídica, no basta que tenga la apariencia o forma exterior (el *fenómeno*) de una norma jurídica; es preciso que sea

74. *Summa Theologica*, I-II, q. 90, a. 4. La definición completa del Aquinate ("quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata") se refiere a la ley y es más propia de la filosofía política que de la filosofía jurídica.

una *ordinatio rationis*, una regla que ordene y que sea racional. Una norma que desordene la vida social –por injusta, inmoral o inadecuada a la realidad–, no es una norma válida o vinculante. Si no es racional, si es contraria a la *recta ratio* –lo que equivale al desorden– y sólo producto de una voluntad arbitraria, tampoco realiza la esencia de la norma y en consecuencia no puede considerarse válida. Si la norma no es *ordinatio rationis*, constituye un elemento espúreo del sistema jurídico.

Ello nos pone en relación con el tema de la norma irracional, del que hablaremos a continuación.

14. LA NORMA IRRACIONAL. *a*) Hemos dicho que la *rationabilitas* o racionalidad es una dimensión esencial de la norma jurídica y se ha expuesto en qué consiste tal racionalidad. Interesa ahora, para evitar equívocos, dejar establecido cuándo una norma jurídica es irracional. Esta precaución, además de venir exigida por el tratamiento completo del tema, es postulada por el oscurecimiento que modernamente ha sufrido la *rationabilitas* de la norma jurídica en la ciencia del derecho, como consecuencia de la prevalencia del voluntarismo positivista.

b) En primer lugar debe quedar claramente establecido cuándo una norma, que puede presentar aspectos criticables, no es, por ello irracional. Una norma jurídica no es irracional porque sea defectuosa, discutible o insuficiente en razón del fin.

1º) De acuerdo con las posibilidades y el estado de la realidad social una norma puede no ser la mejor o presentar defectos. Ahora bien, la norma jurídica debe ser racional, prudente, pero la razón prudente no siempre es perfecta; como razón humana que es, puede presentar imperfecciones. Igual que el arte o la técnica: una pintura más o menos imperfecta, no deja de ser una pintura, e incluso puede ser un buen cuadro; no todos los pintores son Velázquez o Van Gogh. Así también, una norma jurídica puede presentar oscuridades, ambigüedades e incluso desaciertos; en tal caso, el intérprete de la norma debe procurar salvar en lo posible estos defectos, pero la norma no se puede entender como irracional.

2º) Una norma jurídica, en tanto supone una elección o preferencia por parte de su autor, puede ser discutible y se puede opinar que otra norma distinta –otra opción– sea mejor. Aunque la opción de la norma jurídica no sea –o no se crea– la mejor, no por eso la norma se convierte en irracional. Puede ser una opción razonable sin ser la mejor. Y aunque claramente presente más inconvenientes que otras opciones, prevalece la potestad o el derecho del autor de la norma.

3º) Tampoco es irracional una norma jurídica por presentar insuficiencias respecto del fin, con tal de que esté en el orden del fin. Si, por ejemplo, la norma jurídica que establece el salario mínimo señala una cantidad todavía insuficiente para las necesidades del asalariado, no es por ello irracional, si en función del estado de la economía –del bien común– puede considerarse que no impide que se tienda a alcanzar la suficiencia, antes bien tiende a paliarla, es decir, tiende a alcanzar el fin, aunque todavía no lo obtenga satisfactoriamente.

c) Una norma jurídica es irracional cuando es *contraria* a la racionalidad, esto es, si contradice aquellos criterios por virtud de los cuales la norma es racional. Así, pues, lo que hace irracional a una norma jurídica es su *contrariedad* a la racionalidad, cuando no es razonable. Por lo tanto, de acuerdo con lo dicho anteriormente, la norma es irracional si es arbitraria, no adecuada a la realidad, en los términos ya explicados. En otras palabras, es irracional la norma que es *torpe*, *perniciosa* e *imperita*.

1º) En primer lugar, una norma jurídica es irracional cuando es torpe, calificativo con el cual queremos señalar la norma que es contraria a la naturaleza del hombre, al bien común y al derecho (natural o positivo): cuando es inmoral o injusta.

Ya se ha dicho antes que la más fundamental racionalidad de la norma reside en su adecuación a la moral y al derecho; por lo tanto, la norma que contradice la moral y la justicia es la norma más radicalmente irracional.

2º) Si una norma alcanza aquel grado de inadecuación a la realidad social que la torna perniciosa, tiene también la tacha de irracionalidad. Es, en definitiva, una forma de ir contra el bien

común. La irracionalidad, en este caso, proviene de la incapacidad de la norma jurídica para cumplir con su función de ordenación o estructura. Por radicalmente inadecuada, en lugar de favorecer el orden en la sociedad y el bien común, los contradice, con lo que contradice la esencia de la norma.

3º) Por norma *imperita* se entiende aquella que, debiendo asumir reglas propias de un arte o técnica, contiene de hecho reglas técnicas tan distorsionadas, que son contrarias a la naturaleza de las cosas. O dicho de otro modo, contiene reglas que imposibilitan realizar aquella obra que se pretende alcanzar. Es la norma necia, *stulta*, que de seguirse lleva a resultados técnicamente desastrosos.

d) Es común a toda norma jurídica irracional su índole de norma corrupta, esto es, de no ser verdadera norma por carecer de carácter vinculante: no genera obligación. Ya desde la antigüedad toda la doctrina que enlaza la norma jurídica con la *recta ratio* ha puesto de manifiesto que una norma irracional es esencialmente corrupta y, por lo tanto, no es propiamente norma: no hay deber jurídico de obedecerla ni de aplicarla. Recordemos que para el autor del diálogo *Minos* no es razonable tener como verdadera ley a la ley dañosa o injusta, que destruye la *pólis*; y que para Cicerón la ley perversa e injusta no merece el nombre de ley más de lo que puede merecerlo el acuerdo de unos bandidos. Famosos se han hecho dos dichos de Tomás de Aquino, que son paradigmáticos: "La ley humana tiene razón de ley sólo en cuanto se ajusta a la recta razón [...] Pero en cuanto se aparta de la recta razón es una ley inicua; y así no tiene carácter de ley, sino más bien de violencia (*non habet rationem legis, sed magis violentiae*)"[75]. La ley humana, "si en algo no es acorde con la ley natural, ya no será ley, sino corrupción de la ley (*non erit lex sed legis corruptio*)"[76].

La afirmación de que la norma irracional es una norma corrupta no significa otra cosa sino que le falta un elemento esencial para ser verdadera norma; aunque tenga la apariencia –el *fenómeno*– de la norma, carece de un factor esencial, por lo cual no es norma, es

75. *Summa Theologica*, I-II, q. 93, a. 3 ad 2.
76. *Summa Theologica*, I-II, q. 95, a. 2.

decir, está desprovista de fuerza vinculante u obligatoria: no hace surgir el deber de obediencia e incluso, en casos límites (cuando atenta directamente contra los mandatos y prohibiciones de la ley natural o contra los derechos más fundamentales de la persona humana), engendra el deber positivo de desobediencia y resistencia, no sólo en el plano moral, sino también en el plano jurídico.

Las razones de la tesis de que la norma irracional no es norma ya se han puesto de relieve antes. La racionalidad es una *dimensión esencial* de la norma, como producto que es de la *recta ratio*. La razón está esencialmente medida por la realidad, de la que es núcleo central la realidad humana, la cual en su base es la naturaleza del hombre. Por lo tanto, la norma irracional es una norma irreal, desmesurada y desmedida, no medida por la realidad, por lo que es un acto espúreo de la razón, una razón o velada por la ignorancia y la impericia o distorsionada por una voluntad arbitraria. La norma irracional es fruto de una razón pervertida y, en consecuencia, es una norma corrupta: le falta un elemento esencial.

Ya decíamos que la obligación de obedecer la norma tiene su origen en la *situación jurídica* de imperio o de facultad de compromiso (o pacto vinculante), no en una posición de fuerza o imposición. El sistema jurídico es el sistema racional –fundado en la libertad– de las relaciones humanas, por lo cual un factor irracional no puede generar un deber jurídico. Sin racionalidad no hay norma.

Cuando se dice que la norma irracional es una norma corrupta no vinculante, se quiere decir que es *nula* o *inválida* (no *inexistente*, pues existe una apariencia de norma) en el plano jurídico. No se trata de una falta de deber moral o de conciencia de obedecer la norma, sino de una ausencia de vinculación jurídica. La norma irracional es un elemento espúreo del sistema jurídico, que debe encontrar en el propio sistema jurídico su declaración de nulidad. Ni el juez, ni cualquier otro jurista, ni los particulares están obligados *jurídicamente* –racionalmente– a obedecer y aplicar la norma. Pueden estar obligados *coactivamente*, por la fuerza, a ello, pero tal fuerza coactiva irracional no es otra cosa que *violencia*

institucional, como ya escribiera hace siglos el Aquinate: no es *ius*, es *violentia et iniuria*.

Cualquier forma de voluntarismo extremado –en suma toda forma de positivismo, sin excluir el naciente post-positivismo, incapaz de superar el positivismo– resulta inhábil para resolver la cuestión de la violencia institucional –que es una realidad constante en la historia humana–; por el contrario, es ciego ante ella por cuanto otorga a la violencia institucional el estatuto de derecho, equiparando la norma racional a la irracional y situando en la fuerza o en la imposición el vigor vinculante de la norma. Con ello atenta contra la libertad humana, cuya esencia consiste en la libertad frente a la fuerza, sin otra vinculación –de orden moral, no físico– que la regla de la recta razón. Por eso, sólo la tesis de la racionalidad de la norma conjuga armónicamente la libertad del hombre con el deber de obediencia y con la capacidad de compromiso.

e) En lo que a la filosofía del derecho interesa, lo decisivo es que la norma irracional es nula jurídicamente, esto es, en relación con el sistema jurídico. Esto significa que el propio sistema jurídico tiene de suyo elementos suficientes para la declaración de nulidad y que, ante una norma irracional, lo primero que debe hacerse es agotar los recursos del propio ordenamiento jurídico y, en su caso, del ordenamiento jurídico internacional, para que dicha declaración se efectúe.

Recursos jurídicos para la declaración de nulidad son, entre otros, el recurso de inconstitucionalidad, los recursos administrativos, el proceso ordinario, el recurso a los tribunales supranacionales de garantía de los derechos fundamentales, etc. Respecto de los pactos, todos los ordenamientos jurídicos suelen contener previsiones para que aquellos que tengan cláusulas irracionales sean tenidos por nulos, al menos en lo que a esas cláusulas se refiere.

En todo caso, corresponde al poder judicial el control de la racionalidad de la norma. Por razón de su misma función de control del poder legislativo, de la actividad de la Administración y de la actividad de los particulares, al poder judicial corresponde la

facultad de declarar nula la norma irracional, tanto por contrariedad al derecho positivo como por contrariedad al derecho natural y a la moral o por su condición de perniciosa o imperita. Si el poder judicial no asume esta función satisfactoriamente, no es porque de suyo carezca de facultades, sino o por una deficiente comprensión de sus funciones o por una conducta injusta.

Sobre todo en un Estado de Derecho no ha de olvidarse que el poder judicial es independiente del poder legislativo y del poder ejecutivo y que su misión no puede ceñirse a una mera aplicación de la ley, sino que propiamente su función es de control de juridicidad –y no sólo de legalidad– de los actos de los otros poderes y de los ciudadanos. Por lo tanto, corresponde a los jueces la declaración de nulidad de la norma irracional.

f) Siendo la norma irracional una norma nula y no inexistente, a toda norma sospechosa de irracionalidad hay que aplicarle la presunción de racionalidad, de modo que la irracionalidad debe probarse, según los modos normales de prueba admitidos en el ordenamiento jurídico. En principio, la presunción está a favor de la validez de la norma del poder o del pacto de la autonomía privada. En consecuencia, siempre que se plantea la cuestión de la irracionalidad de la norma hay que estar a las resultas de la decisión judicial.

Sin embargo, hay casos en los que el ordenamiento jurídico no admite recursos suficientes o por imperfección o por injusticia (en última instancia, porque el poder judicial no asume o es incapaz de asumir plenamente su función de control). En tales supuestos, si la irracionalidad de la norma es notoria –por ejemplo, si lesiona directamente derechos fundamentales de la persona humana– cabe recurrir a medios extrajurídicos, políticos y sociales, como la resistencia pasiva, la resistencia activa, la desobediencia, etc. Tal postura no es sólo moralmente lícita, sino también jurídicamente correcta, es decir, es justa, siendo injusta –opresión, violencia– la imposición de la norma irracional y la represión de dichos medios.

g) Contra la tesis de que la norma irracional es nula, los positivistas suelen aducir que, de admitirse, se quebrantarían los

principios de seguridad y de certeza, tan importantes en la vida jurídica. A ello hay que responder dos cosas. Primera, que los principios citados no son absolutos, ni se ve qué utilidad pueden tener la seguridad y la certeza de que se aplicará una norma irracional; cuanto menos cierto y menos seguro sea que se aplicará una norma irracional, más racional y justo será un ordenamiento. Segunda, que la tesis de la nulidad de la norma irracional es concorde con los citados principios y no los contradice. Por hablar de norma nula y no inexistente, la tesis de referencia postula la presunción de racionalidad y el recurso a la declaración judicial, lo cual es plenamente congruente con los principios de seguridad y certeza; más no piden estos dos principios. En cuanto a que, en los casos límite, sea justo recurrir a los medios sociales extrajurídicos, lo único que esto indica es que la racionalidad es un principio superior, el más esencial del derecho.

15. LA NORMA INJUSTA. *a*) La norma injusta es un caso de norma irracional, por lo cual a ella se aplica cuanto se ha dicho de aquélla. Parece, sin embargo, oportuno añadir algunas consideraciones, sobre todo dirigidas a tipificar correctamente la norma injusta, dado el estado de confusión que existe acerca de la injusticia y lo injusto, como se puso de relieve en páginas anteriores.

Una norma es injusta si causa la lesión de un derecho, esto es, cuando establece lo injusto: legal, conmutativo o distributivo. No es, pues, injusta una norma porque contradiga valores –estimaciones subjetivas–, ideas o ideales políticos y sociales, etc., sino porque contradice el derecho de una o más personas, o porque es disconforme con una norma superior (justicia legal). En síntesis puede decirse que una norma es injusta cuando viola el derecho natural o el derecho positivo. Así, en un sistema de jerarquía de normas es injusta la ley contraria a la constitución, o la norma administrativa contraria a la ley ordinaria. Así también una norma es injusta si lesiona los derechos adquiridos o viola los derechos fundamentales de la persona humana.

b) Lo más importante es poner de relieve que la norma injusta no es una realidad nebulosa, incierta o emotiva. Ya se ha dicho

repetidamente que la injusticia y lo injusto son realidades precisas y concretas, como preciso, determinado y concreto es el derecho. Por ejemplo, que una norma sea inconstitucional –lo que equivale a injusta– no es cosa de emoción, ni de suyo lo es de incertidumbre. Es verdad que a veces la existencia de un derecho o la interpretación de una norma puede ser discutible, pero esto está dentro de la normalidad de la vida del foro y para resolver las controversias y las dudas están los jueces. La norma injusta no es un caso especial.

c) La norma injusta es aquella que contiene reglas contra ley o contra derecho. En otras palabras, la norma injusta establece lo injusto o lesión del derecho; procede, pues, de la injusticia y su objeto es lo injusto. Es obvio, por lo tanto, que la norma injusta no es derecho. Si, por analogía, llamamos derecho a la norma, podemos afirmar que el derecho injusto no es derecho. En efecto, la norma jurídica es esencialmente la *ratio iuris*, la regla del derecho. Pero una norma injusta no es una *ratio iuris*, por cuanto el *ius* es lo justo y la norma injusta es una regla de lo injusto, del contraderecho o entuerto; la norma injusta es una *ratio iniuriae*, lo que comporta que sea una norma esencialmente corrupta.

Pretender que la norma injusta es injusta pero verdadera norma (derecho injusto), constituye una *contradictio in terminis*. Sólo confundiendo la norma con su fenómeno –su apariencia– y entendiendo el ordenamiento jurídico como un sistema de imposición de una voluntad arbitraria, se puede llegar a afirmar que el derecho injusto es derecho. Pero esto supone, por una parte, confundir la cáscara con el huevo (el fenómeno con la realidad total) y, por otra, subvertir la verdadera noción de orden jurídico, que es el sistema racional de las relaciones humanas.

También por una concepción meramente lingüística del derecho se puede llegar a tener como verdadero derecho a la norma injusta, aunque en este caso lo que ocurre es más bien que resulta borrada la justicia o injusticia de la norma, pues el lenguaje es común a la norma justa y a la injusta. Mas ya hemos dicho que tal concepción confunde la norma con su signo oral y escrito. El ordenamiento jurídico no es un sistema de lenguaje, sino un sistema de relaciones

de derecho (cosas atribuidas y debidas) y de estructura de la realidad social. El lenguaje es sólo un signo comunicativo, no el ordenamiento jurídico. Para conocer el ordenamiento jurídico no es suficiente analizar el lenguaje, el signo; hay que ir a lo significado.

d) Detectar una norma injusta no ofrece mayores dificultades que detectar la ley vigente o el derecho en vigor. Lo injusto se conoce en relación al derecho; allí donde hay un derecho lesionado, allí está lo injusto. Por ello, se detecta una norma injusta en relación con la norma superior vigente o con los derechos de las personas, sean positivos, sean naturales.

La determinación de la norma injusta cae dentro de la actividad habitual de los juristas –entre ellos los jueces– según su oficio de discernir lo justo de lo injusto, por lo cual hay que afirmar que es función de los jueces declarar nula la norma injusta en los términos antes indicados, es decir, a través de los procesos de inconstitucionalidad, contencioso-administrativo, ordinario, etc. Así, por ejemplo, declarar inconstitucional una norma equivale a declararla injusta (por contravención de la justicia legal o violación de los derechos fundamentales), anular una norma administrativa por lesionar derechos adquiridos equivale a lo mismo, etc.

Lo importante es advertir que la constatación de la injusticia de una norma no plantea mayores problemas que la determinación de los derechos de las personas (lo justo conmutativo o distributivo) y la correcta interpretación de la norma superior (lo justo legal).

e) La correcta captación de lo que es una norma injusta –en relación a conocer con precisión qué sean la justicia y la injusticia– tiene particular relevancia en orden a interpretar rectamente preceptos importantes de un ordenamiento jurídico. Así, cuando el párrafo 1 del artículo 1 de la Constitución española de 1978 establece como valores superiores del "ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político", la invocación a la justicia es algo mucho más relevante que un reenvío a un principio vago, inconcreto o emotivo. Significa que el respeto y la satisfacción de los derechos de las personas y el cumplimiento de la ley constituyen bases fundamentales del ordenamiento

jurídico español. En su sentido pleno, implica que el respeto al derecho natural y al derecho positivo constituye un principio informador, de rango constitucional, del orden jurídico español. Lo cual implica que toda acción de gobierno o ciudadana contra los derechos fundamentales de la persona humana –los derechos humanos– es inconstitucional.

El valor superior de la justicia supone que las estructuras injustas –las que lesionan derechos de la persona en los términos indicados– no gozan de ninguna protección por parte de la Constitución ni por parte del resto del ordenamiento jurídico. Esto lleva consigo que esté en manos de los jueces declarar inconstitucional y antijurídica cualquier acción de gobierno o de los ciudadanos que pretenda establecer o consolidar estructuras injustas. Si el poder judicial permite tales estructuras, es por incompetencia –a la que tanto contribuyen los filósofos del derecho y los juristas que confunden la justicia con valores, ideales o formas a priori– o por injusticia.

16. EL AUTOR DE LA NORMA. *a*) Expuesta la esencia de la norma jurídica –*ratio iuris*, regla o estatuto del derecho–, debemos tocar –aunque ya hemos aludido a él– el tema de la autoría de la norma: ¿quién es su autor?

Identificada por tantos autores la norma jurídica con la ley o norma establecida por el poder público, la respuesta habitual a la pregunta hecha establece la correspondiente identificación entre el autor de la norma y el poder público. El autor de la norma es el poder público; la norma es manifestación de la voluntad del poder. Esta respuesta, con ser la habitual, no puede aceptarse una vez que hemos visto que la norma jurídica no se identifica con el antiguo concepto de *leges* o leyes, ni con el moderno concepto *político* de norma de conducta (normas por las que el poder regula la vida social). Si la norma jurídica es la regla del derecho –causa y medida suya–, en línea de principio puede ser autor de la norma todo sujeto u órgano, individual o colectivo, capaz de originar un derecho y regularlo. Aquello que debe poseer un sujeto para que pueda ser autor de una norma jurídica es la facultad de atribuir las cosas constitutivas de derecho y de configurar la medida de esa

atribución. En definitiva, autor de la norma es todo sujeto capaz de crear, extinguir, modificar y regular derechos.

b) Pero cabe preguntarse si tal capacidad la tiene solamente el poder público en relación con los gobernados. Si diésemos una respuesta afirmativa a esta pregunta, la conclusión sería la misma que la habitual, aunque tuviese un matiz diferente, pues se referiría a la facultad de crear y regular derechos.

Pues bien, la experiencia jurídica –y a ello nos hemos referido ya– desmiente que la regla de derecho o norma jurídica sea, en su esencialidad, un producto del poder actuando con superioridad dentro de la relación poder-súbdito. Es obvio el ejemplo de los tratados internacionales, que reconocen, crean, modifican, extinguen y regulan relaciones jurídicas y son pactos entre Estados iguales, no producto de un poder superior, sino del consenso entre poderes iguales. Asimismo, el negocio jurídico, como acto de un particular (v. gr. testamento) o como pacto entre privados (contrato o convenio), es capaz de dictar reglas de derecho, las cuales, aunque necesiten el reconocimiento del ordenamiento jurídico, no son imputables al poder público como autor, sino a los sujetos. La facultad de las asociaciones, corporaciones –de derecho público o privado–, empresas y otros cuerpos sociales de darse sus propios estatutos, que contienen verdaderas reglas de derecho, son otro ejemplo. Veamos algo más este punto, distinguiendo las dos funciones de la norma jurídica: causa y medida del derecho.

c) Causar un derecho es un efecto propio de la capacidad de atribución o disposición que se posee sobre la cosa –corporal o incorporal–, bien sea el dominio directo, bien sea el llamado *dominium eminens* (dominio superior de atribución o disposición sobre las cosas que son objeto de dominio directo). Esta capacidad de atribución o disposición corresponde en parte –según la legalidad vigente en cada ordenamiento jurídico– a los gobernantes y, en este sentido, se puede decir que corresponde al poder público, salvo en el ámbito de las prestaciones personalísimas, que competen al exclusivo dominio de las personas. Pero dicha capacidad de atribución o disposición corresponde también a los

distintos titulares de una serie de derechos, los cuales pueden causar el derecho de diversas maneras. La autoría de la norma jurídica, en cuanto es causa del derecho, pertenece de suyo y esencialmente al dominio, tanto directo como eminente y, en consecuencia, no es privativa del poder público.

d) En cuanto que es medida o regulación del derecho, la autoría de la norma jurídica requiere una función ordenadora y directiva. Tal función corresponde sin duda al poder público de gobierno, pues el gobierno es sobre todo función de ordenación y dirección. Mas no es menos cierto que dicha función es propia también de la autonomía privada en la esfera de su competencia. Tanto las personas singulares, por las atribuciones que se incluyen en derechos de los que son titulares, como los entes colectivos o morales, por la función de dirección y organización que les es inherente, pueden gozar de facultad ordenadora y directiva que incluya regular derechos. En consecuencia, también la autonomía privada puede regular derechos.

e) Ciertamente la norma jurídica es una norma *obligatoria*, o sea, *vinculante*. Este carácter procede de la fuerza generadora de obligación que es propia del acto jurídico del que proviene la norma jurídica. En todos los casos, con matices distintos, el acto jurídico, por proceder del dominio –eminente o directo– sobre la cosa o de un poder o facultad ordenadores con fuerza de obligar, da origen a una obligación de cumplir la norma jurídica. El cumplimiento de la norma es debido con deuda en sentido estricto: es un deber de justicia.

Así pues, toda norma jurídica o regla de derechos es obligatoria y vinculante, mas no siempre es imperativa, si por tal entendemos que procede del *imperium* del poder público.

17. LOS MOMENTOS DEL DERECHO. El autor de la norma la establece, según se vio, a través de actos jurídicos. A estos actos jurídicos se les ha llamado frecuentemente *fuentes del derecho*; pero como esta terminología, debido a sus diversos usos, ha acabado por resultar polémica y equívoca, preferimos llamar a

dichos actos los *momentos del derecho*. Por tales entendemos aquellos factores que imprimen dinamicidad al orden jurídico, creando, modificando y extinguiendo derechos y las consiguientes relaciones jurídicas. A través de todos ellos puede establecerse una norma jurídica, pues a través de cualquiera de ellos se puede dar nacimiento a la regla o estatuto del derecho. Los momentos del derecho son: los actos normativos del poder público, la costumbre, los pactos internacionales (e igualmente los concordatos), la sentencia judicial y el negocio jurídico. De cada uno de ellos hablaremos a continuación.

18. LA LEY. Es evidente que la ley –en el sentido genérico propio de la filosofía jurídica, que comprende la ley en sentido formal, decretos-leyes, decretos, etc., en lenguaje técnico jurídico– es norma jurídica, porque es causa y medida del derecho. Lo es de dos modos, como ya se dijo. En primer lugar, porque su cumplimiento es lo propio de la justicia legal, ya que la ley señala el grado y el modo de cumplir con el deber de ciudadano de tender al bien común: el cumplimiento de la ley es derecho de la sociedad ante el ciudadano y lo debido por éste a aquélla. En segundo lugar, porque, en su función de ordenación de la vida social, la ley puede ser causa y medida de derechos en las relaciones de justicia conmutativa y de justicia distributiva. De acuerdo con esto, veamos los distintos aspectos que presenta la ley.

a) *Noción*. En sentido filosófico, una vez distinguidos los conceptos de ley y de norma, se entiende por ley la regla o norma que ordena la vida social en función del bien común, procedente de la potestad pública propia de una sociedad de máximo rango o *societas perfecta*. Por su índole de regla, la ley es estructura de la sociedad.

b) *Estructura de la sociedad*. En efecto, la ley es, ante todo, una norma o regla y, en consecuencia, su función primera es estructurar la sociedad. La ley conforma la sociedad y da forma u orden a la vida social. Por eso las leyes son los elementos primarios y fundamentales en la modelación y organización de la

sociedad, que sin ellas sería una agrupación amorfa de imposible desenvolvimiento. Gracias a las leyes, la sociedad humana adquiere forma y se desarrolla ordenadamente hacia sus fines, es decir, se estructura.

c) *Funciones*. Como regla o norma –modelo– que son, las leyes tienen tres funciones fundamentales: a) *constitutiva*, en cuanto originan los vínculos de incorporación a la sociedad –si es del caso–, constituyen entidades en su seno, crean instituciones, etc.; b) *organizativa*, pues las leyes dan una organización a la sociedad, creando sus órganos y regulando las funciones y los actos de éstos; y c) *reguladora de conductas*, en cuanto establecen normas de conducta y sancionan las conductas desviadas; en relación con esta función de regulación de conductas, es clásica la enumeración de los efectos de la ley, que hizo el jurisconsulto romano Modestino: mandar (*imperare*), prohibir (*vetare*), permitir (*permittere*) y castigar (*punire*)[77].

De las leyes que son reglas de conducta merecen especial atención las leyes cuyo efecto es *permittere*, permitir o leyes permitentes. Lo típico de estas leyes, con respecto a las conductas a las que se refieren, consiste en que ni las mandan, ni las prohíben. Su efecto propio es crear un estatuto de libertad respecto de determinadas esferas de actuación. Esto no significa que esas leyes no sean jurídicamente vinculantes. Por ser leyes vinculan y por ser vinculantes dan origen a un estatuto de libertad, que contiene derechos y deberes. En primer término, dan lugar al deber de no impedir u obstaculizar lo permitido. Así, por ejemplo, si una ley permite el tránsito por una determinada vía, nadie está obligado a transitar por tal vía, pero todos tienen el deber de no impedir el tránsito a quien quiera utilizarla. Por otra parte, al dar origen a un estatuto de libertad, las leyes permitentes crean el derecho del sujeto a realizar o a omitir lo permitido; no se trata sólo de una simple facultad, sino de un verdadero derecho, que los demás deben respetar, pues, al ser la ley vinculante, lo permitido adquiere el valor de debido en cuanto al ejercicio de la libertad concedida.

77. D. 1, 3, 7.

En cambio, las leyes permitentes no originan ningún deber de solidaridad de los demás respecto del sujeto que desea hacer lo permitido. Esto es, los demás no están obligados por ningún deber a ayudar al sujeto a hacer lo permitido o a darle medios, ya que lo que se concede es tan sólo una libertad o permisión; en efecto, permitir consiste en dar el consentimiento para que otros hagan o dejen de hacer una cosa, por lo cual en la ley permitente el legislador se limita a consentir determinadas conductas –creando una esfera de libertad– sin imponerlas a las personas y, por tanto, sin imponer el deber de solidaridad. El derecho del que usa de la ley permitente se limita a no ser impedido. Por lo tanto, si lo permitido es recibir un servicio o unos bienes de otros, los posibles prestadores del servicio o dadores de bienes tienen la libertad de hacerlo, pero no recae sobre ellos el deber jurídico de prestación; de lo contrario, no se trataría de una ley permitente, sino de una ley que manda, lo cual no es del caso. Así, una ley que permite el aborto no crea en los médicos el deber de realizarlo, al ser requeridos para ello por la madre que desea abortar.

Las leyes permitentes son de tres clases: permisoras, tolerantes y permisivas. Las leyes permisoras son aquellas que recaen sobre lo indiferente jurídica o moralmente. La acción u omisión que permiten –lo permitidero– no viola ningún principio de justicia (ningún derecho) ni ninguna norma de moralidad; v. gr. permitir la venta ambulante sin licencia administrativa.

Las leyes tolerantes se distinguen por permitir conductas injustas o inmorales, para evitar un mal mayor. Lo permitido es, pues, un mal jurídico o moral que de suyo debería evitarse, pero que se tolera porque su prohibición traería consigo males mayores. En las leyes tolerantes, las conductas toleradas aparecen como incorrectas, de modo que su estatuto jurídico-social es de conductas vitandas, a cuya erradicación no se tiende mediante prohibiciones, sino por otros medios (v. gr. educativos). Tal es el caso de la permisión de la prostitución. Por sus características, las leyes tolerantes comportan la prohibición de cuanto suponga apología, propaganda o fomento de las conductas toleradas, todo lo cual puede ser tipificado como delito.

Llamamos leyes permisivas a aquellas leyes que permiten conductas injustas o inmorales, a las cuales se les da el estatuto jurídico-social de correctas. Se distinguen, pues, de las leyes tolerantes, porque, a diferencia de éstas, las conductas inmorales o injustas no se presentan al medio social como vitandas e incorrectas, sino como indiferentes y, por tanto, como correctas. En otras palabras, son leyes permisivas aquellas que dan a conductas incorrectas ante el derecho o la moral el mismo tratamiento que las leyes permisoras dan a las conductas de suyo indiferentes. Fácilmente se observa que las leyes permisivas son leyes inmorales, por cuanto no sólo toleran la injusticia o la inmoralidad, sino que las presentan como justicia y moralidad, produciendo una grave distorsión en la sociedad, al favorecer en determinados puntos la lesión del derecho y el quebrantamiento de la moral. Son, pues, leyes irracionales. Una nota propia de las leyes permisivas –que deriva de su asimilación a las leyes permisoras– consiste en no contener la prohibición de cuanto suponga fomento, apología o propaganda de lo permitido, con lo cual se diferencian sustancialmente de las leyes tolerantes.

Una situación especial de permisión es aquélla en la que se encuentran las *conductas despenalizadas*. En este caso, hay una ausencia de ley permitente, pero puede hablarse de una ley implícita, por cuanto el ordenamiento legal, con su silencio, tan sólo permite las conductas despenalizadas, con el mismo tratamiento y las mismas consecuencias jurídicas que si hubiese una expresa ley permitente del tipo de las tolerantes. ¿Qué se entiende por *conducta despenalizada*? Propiamente la conducta despenalizada es aquella conducta injusta o inmoral que, estando como tal penada por la ley, es dejada fuera del tipo penal en determinados casos. Estos casos no penados son las conductas despenalizadas. Es, pues, típico de una conducta despenalizada ser un caso o supuesto de una conducta constitutiva de delito, a la que, por razones de política penal, se deja fuera del tipo penal. Puesto que se trata de un caso o supuesto de un tipo delictivo, el ordenamiento legal mantiene la tacha de conducta incorrecta, por lo que le corresponde la asimilación a lo tolerado en buena técnica jurídica, Sin embargo, a veces, por presiones sociales o ideológicas, la despenalización se

traduce en un tratamiento legal propio de la ley permisiva, lo cual es una incongruencia. En cualquier caso, la conducta despenalizada nunca sobrepasa el plano de la permisión, por lo que no se concede al sujeto otro derecho que el de no ser impedido a realizar la acción despenalizada.

d) *Índole social.* La ley jurídica –aquella que tiene la condición de norma de derecho– es regla de la sociedad o comunidad humana; en otras palabras, la materia regulada por ella es la dimensión social del hombre, por lo que se refiere al plano social humano. Lo que regula es la comunicación y vinculación sociales del hombre, en cuya virtud la persona humana se une en sociedad y conecta con los demás en relaciones sociales de alteridad. Por lo tanto, no son materia de la ley jurídica aquellas conductas o relaciones del hombre que no se refieren a la dimensión social humana; la dimensión no social o interior de la persona humana no es objeto de leyes jurídicas y está protegida por tres libertades: la libertad de pensamiento, la libertad religiosa y la libertad de conciencia. Así, pues, la ley jurídica es ley de la sociedad para la sociedad.

e) *Finalidad.* La ley es estructura u ordenación de la sociedad. Ahora bien, el principio de orden o de estructuración de cualquier ente, físico o moral, es la finalidad[78]. La ordenación al fin cumple la función de criterio del orden, de modo que la perfección o corrección de todo ente se mide por su perfecta o correcta disposición al fin. Así, una máquina está bien construida cuando todas sus piezas funcionan correctamente, de modo que se cumple la finalidad de la máquina. Al fin propio de la sociedad humana se le llama tradicionalmente *el bien común.*

Con esta expresión se quieren significar dos cosas: primera, que la sociedad humana tiene un sentido o finalidad, la cual constituye un bien: aquel conjunto de ventajas y beneficios que la

78. Cfr. J. HERVADA, *Cuatro lecciones de derecho natural*, cit., págs. 24 ss. Sobre la finalidad, vide R. ALVIRA, *La noción de finalidad* (Pamplona 1978); E. GILSON, *De Aristóteles a Darwin (y vuelta)*, ed. castellana (Pamplona 1976).

sociedad obtiene y, por lo tanto, aporta a los hombres. Segunda, que ese bien no es un bien particular –el propio de cada hombre concreto–, sino el bien de conjunto de la sociedad o comunidad. Para entender correctamente el calificativo de común debe tenerse presente que no quiere decir el bien de la mayoría o de la generalidad de los ciudadanos. Aunque el bien común repercute en el bien personal de los hombre unidos en sociedad, no es ese bien personal, ni siquiera referido a la mayoría o generalidad; por ello es incorrecto sustituir el bien común por el interés general. El bien común se refiere a la perfección y al beneficio de la sociedad, a la buena estructuración, organización y desenvolvimiento de ésta; se refiere, pues, a la dimensión *común* del hombre unido en sociedad o comunidad. Es cierto también que la dimensión social del hombre es *medial*, no es la dimensión última y absoluta del hombre, sino que es mediata y relativa, esto es, que existe en función de la persona humana. El bien común, por lo tanto, se ordena y dirige al bien personal del hombre y en él repercute, proporcionando las condiciones y los bienes necesarios para el bien de las personas. Pero el bien común es algo distinto de los bienes particulares o personales que de él se derivan.

Siendo el bien común el fin de la sociedad humana, la ley es ordenación o estructura en función del bien común, no del bien particular; como se lee en Graciano: "nullo privato commodo, sed pro communi utilitate civium conscripta"[79], dada para la utilidad común de los ciudadanos, no para satisfacer intereses privados. Del bien común reciben las leyes su perfección y su legitimidad. Son tanto mejores las leyes, cuanto mejor estructuran y ordenan la sociedad en función del bien común. Y las leyes que se desvían del bien común hasta tornarse perniciosas para él, devienen normas irracionales. Por otra parte, una ley que no se ordenase al bien común, sino al bien particular de algún o algunos ciudadanos sería una ley ilegítima e injusta –contraria a la justicia legal– y, por tanto, sería una corrupción de ley. Esto no debe confundirse con el hecho de que muchas leyes se refieran de modo directo e inmediato a bienes o intereses de grupos sociales más o menos amplios: leyes

79. *Decretum*, I, IV, c. 2.

que protegen a los agricultores, a los asalariados, a determinadas industrias, etc. En tales casos, la ley es justa si la protección a esos bienes o intereses parciales se realiza en función del bien común, es decir, si son leyes convenientes u oportunas para el bien común de la sociedad; si tal circunstancia no se diese, dichas leyes serían injustas.

f) Sujeto capaz de recibir leyes. Con el nombre de leyes se conocen aquellas reglas que se generan en el seno de una sociedad de orden supremo –v. gr. el Estado– para ordenar también a nivel supremo la vida social. A este tipo de sociedad se la llama desde la Antigüedad *societas perfecta*, sociedad perfecta.

Por *societas perfecta* en el orden político y civil se entiende actualmente el Estado, considerado en sí mismo, o unido en sistemas y organizaciones supraestatales que asumen funciones de la sociedad perfecta, como es el caso de la Comunidad Económica Europea; hoy en día los Estados integrados en ella forman una sociedad perfecta en su conjunto, con una organización peculiar, en parte estatal y en parte supraestatal. Las leyes son, pues, las reglas que estructuran o rigen la sociedad humana en el contexto de las sociedades y comunidades perfectas y, por lo tanto, son las reglas superiores y supremas de la vida social.

Eso no quiere decir que las leyes se dirijan siempre a toda la sociedad. Las hay que efectivamente tienen por ámbito de aplicación toda la comunidad perfecta y entonces se puede hablar de legislación general o común (ley o derecho general o común); pero hay también leyes que rigen sólo una parte de esa sociedad, como una región, cantón, etc., y en este caso se trata de una legislación particular (ley o derecho particular), que puede recibir diversos nombres. Lo decisivo para que sean leyes es que las comunidades que rigen (o sea su ámbito de aplicación) no pertenezcan a la categoría de los llamados *entes menores* en cuanto tales entes menores, sino que se trate de entes que forman parte de la estructura de la sociedad perfecta como tal. En otras palabras, se ha de tratar de partes de la estructura pública de la sociedad perfecta.

Los entes menores, en cuanto tales entes singularmente considerados, se rigen también por normas jurídicas, pero esas normas no son propiamente leyes sino normas singulares de las que más adelante hablaremos.

g) *El legislador.* El poder de dar leyes corresponde a quien participa de la suprema función de gobierno de la sociedad perfecta o, en términos modernos, a quien participa de la soberanía, que en términos clásicos se llama *poder de jurisdicción* o potestad pública de gobierno.

Pero para entender correctamente esta afirmación debe tenerse presente que tal suprema función o poder de jurisdicción no se concentra en un solo órgano, sino que –según la organización de cada ordenamiento jurídico– es participado en distintos grados y niveles por un conjunto de órganos y entes, jerarquizados entre sí o no. Por otra parte, se puede ser titular de ese poder legislativo, sin poseer otras parcelas del poder de jurisdicción (como es el caso del poder legislativo en los Estados organizados según el principio de división de poderes), o manteniendo sólo restos de la soberanía, entre los cuales figure el poder de dar leyes. También pueden tener la facultad de dar leyes entes no soberanos, con tal de que esta facultad proceda de una ley del poder soberano (v. gr. la Constitución).

Una idea importante al respecto es que la acción de dar leyes positivas no se opera desde fuera de la sociedad, sino en la misma sociedad. Es la sociedad humana la que tiene la facultad de autonormación o autorregulación, mediante distintos procedimientos, históricamente cambiantes. Existe sin duda un núcleo de orden jurídico inherente a la sociedad –derecho natural–, pero sobre ese núcleo se levanta todo el edificio del orden jurídico positivo, como fruto de la facultad de autonormación de la sociedad. El legislador positivo no está por encima de la sociedad; o es todo el cuerpo social o son los órganos propios de la sociedad los que dan leyes.

Según lo que ya dijimos, el primer y fundamental titular de la soberanía en la comunidad política es el pueblo. Por lo tanto, el entero cuerpo social es, en la *pólis* o *civitas*, el primer titular de la

facultad de dar leyes (el primer legislador). Aunque en la gran mayoría de los Estados actuales el ejercicio de esta facultad esté muy restringuido, por las dificultades que presenta, ese poder no puede ser negado o abolido, porque sería tanto como negar la soberanía del pueblo, o pretender despojar a éste de ella.

Por otra parte, la soberanía o poder público es ejercido normalmente por los órganos de gobierno de la sociedad, de entre los cuales algunos gozan de la potestad legislativa en diversos grados y niveles. En todo caso, se trata de órganos que han de pertenecer necesariamente a la estructura pública de la sociedad perfecta, que es la que, siendo la estructura de dicha sociedad como tal, participa de la soberanía o poder que es propio del cuerpo social de la sociedad perfecta. En algunas sociedades perfectas, como la Iglesia Católica, el titular originario y primero de la función legislativa –en general, del poder público o de jurisdicción– no es el entero cuerpo social o pueblo, sino la estructura pública.

En conclusión, la función legislativa corresponde al poder público o supremo de la sociedad.

h) *La nota de generalidad*. De la ley se ha dicho que tiene como característica esencial la *generalidad*, con lo que quiere manifestarse que la ley no se refiere a un sujeto singular o a un caso particular, sino a un conjunto de sujetos y casos implicados en el supuesto de hecho de la norma legal. La ley no se da para personas singulares –físicas o morales–, sino para la generalidad de ellas. En esta afirmación se involucran dos cuestiones: una, la oposición a la existencia de privilegios –normas dadas para un sujeto singular–, que serían contrarios al principio de igualdad que rige en nuestras comunidades políticas: al afirmar que la ley tiene la nota de generalidad, quiere decirse que no se admiten las normas singulares o privilegios. Esta es una cuestión de política legislativa y de técnica jurídica de la que por ahora no tratamos. Otra cuestión distinta, estrictamente filosófico-jurídica, es la de si, dada la existencia de normas singulares –al menos como posibilidad–, éstas son leyes en sentido filosófico o pertenecen a una categoría distinta y, por lo tanto, tienen notas diferenciales, lo que supone

un tratamiento diferenciado en el plano técnico-jurídico (v. gr. las reglas de interpretación que se aplican). Esta segunda cuestión es aquella de la que vamos a tratar. Esto supuesto, la ley se distingue de la norma singular, de modo que la generalidad es una nota propia de la ley.

La nota de generalidad de la ley ya fue puesta de relieve, con lenguaje equivalente, por Ulpiano: "Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur"[80]. Los derechos no se establecen en atención a los individuos, sino en general. Con más exactitud Papiniano calificó la ley como *praeceptum commune*[81], como un precepto común. Es más exacto, en efecto, predicar de la ley que tiene como nota la de ser *común*, que decir de ella que tiene la nota de generalidad. La ley, como decíamos, es estructura de la sociedad o comunidad, de modo que tiene como fin al bien común. Decíamos también que el ámbito de la ley es o la entera *societas perfecta* o una de sus partes. Por lo tanto, la ley se refiere de suyo a cuantas personas y relaciones existen en el seno de la comunidad, porque es ley para la comunidad: por eso es una norma o precepto que tiene la índole de común. Si no se dirige a la comunidad como ordenación o estructura de ella, la norma no es ley, sino otro tipo de regla (la norma singular). Al dirigirse a la comunidad, la ley es norma *común* o *general*, en el sentido de comprender de suyo a cuantos casos iguales o semejantes se producen en la comunidad, por lo que quedan englobados en el supuesto de hecho de la ley que abarca una generalidad de casos; por ello, el supuesto de hecho de la ley no puede ser singular, sino que debe estar redactado con aquel grado suficiente de abstracción para comprender una multiplicidad de casos concretos.

i) *Promulgación*. Es típico de la ley ser una norma extrínseca, esto es, no es la ordenación o regla intrínseca o inherente a la realidad social en cuanto dinámica; la ley es una norma elaborada y dictada por el legislador. Por lo tanto, en la ley se pueden distinguir dos momentos: en cuanto está en el legislador –más

80. D. 1, 3, 8.
81. D. 1, 3, 1.

ampliamente en cuanto está propuesta en los instrumentos por los cuales se muestra e intima a sus destinatarios– y en cuanto está en los destinatarios cuando la viven y cumplen. Por la vivencia, la ley se plasma en la estructura u ordenación intrínseca de la realidad social. Pero de suyo, en cuanto que es norma dictada por el legislador es norma extrínseca.

Por consiguiente, la ley entra en el ámbito de la comunicación humana. Por ser una regla o modelo pensado y querido por el legislador, para que sea verdadera ley o norma vinculante debe manifestarse y transmitirse a los destinatarios. Sin *comunicación* no hay ley. El acto comunicativo en virtud del cual la ley es intimada a la comunidad, o sea, es comunicada en su condición de ley, recibe el nombre de promulgación. La promulgación es una fase del proceso legislativo, cuya eficacia consiste en el paso de la ley a la existencia. La ley, al promulgarse, pasa a existir. De ahí que, no la promulgación, sino la nota de promulgada sea una nota esencial de la ley. En efecto, la promulgación es un acto o un proceso de comunicación, cuyo objeto es la ley; no es la ley misma, que es lo comunicado. Por eso, la promulgación no pertenece a la esencia de la ley; en cambio, pertenece a su esencia el haber sido promulgada, de modo que sólo en este sentido puede decirse que la promulgación sea de esencia de la ley.

j) *El lenguaje de la ley*. La comunicación humana se realiza a través del lenguaje. En este sentido, la ley se manifiesta por medio del lenguaje. En todos los pueblos mínimamente civilizados, la ley se ha establecido y se establece por medio de la escritura, de modo que desde antiguo a la ley se la ha llamado *lex* o *constitutio scripta*, por oposición a la costumbre o *lex non scripta* (ley no escrita).

Si la ley se *manifiesta* por el lenguaje, la ley no se reduce a *ser* un lenguaje. El lenguaje pertenece al género de los signos. Y un signo es una realidad que manifiesta –conteniéndola o no– otra realidad. Lo típico del signo es no ser la cosa significada. Así una fotografía es un signo de la persona en forma de imagen, pero no es la persona misma; la apariencia visible y externa de la persona por la cual la captamos no es signo de la persona, sino la persona misma. Igual ocurre con una bandera; es signo o símbolo de una

nación, no la nación misma como es obvio. El signo y la cosa significada son realidades distintas, que se unen por la relación de significación. Esta relación puede ser natural o artificial, por lo cual los signos se dividen en naturales y artificiales; el humo, por ejemplo, es signo natural del fuego, mientras que un escudo es signo artificial de un grupo o de una institución. El lenguaje es un signo mixto, en parte natural y en parte artificial, porque es natural la facultad de expresarse por el lenguaje y, en cambio, el significado de cada palabra es convencional.

Lo que de esto interesa es que la ley no es una forma de lenguaje. El lenguaje es un signo que manifiesta –conteniéndola– la ley, que es la cosa significada. Por lo tanto, no puede aceptarse la postura de los analíticos que reducen la ley al lenguaje. El lenguaje y la ley son cosas distintas y relacionadas, como signo y cosa significada. La ley es la regla emanada de la razón y de la voluntad del legislador, es un acto humano del autor de la ley, de la cual el lenguaje es el signo manifestativo. Por eso la interpretación y el estudio de la ley no pueden limitarse al análisis del lenguaje.

¿Cuál es el lenguaje propio de la ley? Se suele decir que la ley –la norma jurídica– es una proposición prescriptiva o enunciado de un deber-ser; tal sería el lenguaje que le correspondería por ser un mandato. Sin embargo, es un hecho que lo establecido por las leyes con frecuencia no se expresa en lenguaje imperativo o deóntico, sino que el legislador usa a menudo el indicativo de presente y de futuro. No siempre las leyes están redactadas en forma de proposiciones prescriptivas o deónticas. En parte este fenómeno obedece a usos lingüísticos comunes (según los cuales las reglas de conducta se enuncian en futuro) o a usos forenses establecidos. Pero no pocas veces la ley no usa un lenguaje prescriptivo o deóntico, porque lo que establece no son normas de conducta. Ya hemos dicho que la ley tiene tres funciones: constitutiva, organizativa y prescriptiva de conductas. Sólo para esta última función es adecuado el lenguaje deóntico. En cambio, para las dos primeras funciones el lenguaje propio y correcto es el indicativo de presente y de futuro. Así, es correcta la redacción del art. 1 de la Constitución española, cuando afirma que "España *se*

constituye en un Estado social y democrático de Derecho ...". No tendría sentido decir, en ese contexto, que "España *debe* constituirse", porque el citado artículo no prescribe una conducta, sino que establece la forma del Estado español. Lo mismo cabe decir cuando la ley reconoce derechos o situaciones previas o establece garantías. En otras palabras y tal como ya se indicó al hablar en general de la norma jurídica, no puede reducirse la ley a mandatos sobre conductas; si por su naturaleza la ley es obligatoria y vinculante, no siempre es un mandato o precepto de realizar determinadas acciones. Por consiguiente, de su diversidad de funciones surge una diversidad de formas verbales de lenguaje. Por ello, hacer una teoría del derecho sobre un análisis de la norma como proposición prescriptiva resulta cuando menos parcial e insuficiente.

k) *La obligatoriedad de la ley*. La obligatoriedad de la ley es máxima, pues representa el deber de justicia –de justicia legal– más incondicionado y de mayor fuerza jurídica, como corresponde a su origen, que es el poder soberano de la sociedad humana. Esto supuesto, la pregunta que cabe hacer es la siguiente: ¿dónde radica la obligatoriedad de la ley? O en otros términos: ¿por qué la ley genera el deber de obediencia?

Ya antes hemos rechazado las teorías de la superioridad o de la imposición del órgano dotado de poder. Tanto el principio de igualdad como el principio de libertad se oponen a la admisibilidad de esas teorías. Los actos de gobierno –y la ley es uno de ellos– tienen su fundamento en la función que desempeñan los órganos respectivos y su índole es la de actos de servicio a la comunidad política. Así, pues, la obligatoriedad de la ley debe encontrarse en la relación entre el destinatario de la ley –el ciudadano– y la comunidad política.

Cada comunidad política o *societas perfecta* tiene un doble fundamento. El fundamento último es la socialidad humana natural, en cuya virtud todos los hombres son socios por naturaleza. Esta unión social natural tiene por objeto la obtención del bien común, que es una dimensión necesaria para la consecución de los fines naturales del hombre, los cuales constituyen un deber-

ser para toda persona humana[82]; ello implica que el bien común es también un deber-ser. Existe, pues, un vínculo de unión social que proviene del derecho natural. En virtud de ese vínculo de derecho natural, todo hombre forma parte de la comunidad humana y está vinculado a tender al bien común. Como sea que la ley es un elemento necesario para la sociedad, por medio de la cual los hombres se ordenan al bien común, la obligación de tender al bien común se concreta en la obligación de cumplir la ley. Por su parte, la función de gobierno es un elemento necesario para el desarrollo de la sociedad, que tiene por fin ordenar la comunidad al bien común; como elemento necesario tiene un fundamento de derecho natural y, en virtud de su finalidad y de la vinculación de los ciudadanos al bien común, sus disposiciones obligan.

Además del fundamento último, cada comunidad política históricamente existente tiene un fundamento próximo, que es el consenso o pacto social. Las formas como se produce ese consenso o pacto son variadísimas; pero es obvio que sin el *consensus populi* no hay comunidad política que se pueda mantener indefinidamente y, en todo caso, sin ese *consensus* sería un fenómeno de fuerza ilegítimo, cuyas leyes estarían viciadas de ilegitimidad. Supuesto el consenso o pacto social, el gobierno y las leyes tienen, además del fundamento de derecho natural, la fuerza del pacto social, por el cual se aceptan la función de gobierno y las reglas del desarrollo de la sociedad en relación al bien común, en cuanto elementos necesarios y naturales de la comunidad política. El pacto social sustenta lo que de histórico tienen la comunidad política concreta y su legislación. Por el doble elemento expuesto, las leyes obligan y generan el deber de obediencia.

Según esto, ¿cuándo es posible hablar de legitimidad de la desobediencia de la ley?[83]. En principio, la desobediencia a la ley

82. Sobre la índole de deber-ser propia de los fines naturales del hombre, vide J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, cit., págs. 146 ss.

83. Sobre este tema vide P. SINGER, *Democracia y desobediencia*, ed. castellana (Barcelona 1985); E. FERNÁNDEZ, *La obediencia al Derecho* (Madrid 1987); R. GARCÍA COTARELO, *Resistencia y desobediencia civil* (Madrid 1987); J. MALEM, *Concepto y justificación de la desobediencia civil* (Barcelona 1988).

es siempre ilegítima, salvo cuando se ponen en juego valores de la persona humana, que prevalecen sobre sus deberes de socialidad. Ya hemos dicho que la comunidad humana y el bien común no son respectivamente ni la realidad humana suprema ni el bien superior o último; son dimensiones y bienes mediales que se ordenan al bien de la persona. Por lo tanto, si se produjese una colisión entre el deber de cumplir la ley y un derecho fundamental de la persona que prevalece sobre la socialidad humana, no habría deber de cumplir la ley; tal ocurre con la libertad de conciencia: nadie puede ser obligado a actuar contra conciencia.

Propiamente éste es el único caso en el que es legítimo desobedecer la ley. Pero hay otros supuestos de desobediencia legítima, si bien se trata de casos en los que la ley es nula o sufre un proceso de debilitamiento de su fundamento. Estos casos pueden resumirse en la *crisis de la ley* y en la *crisis del pacto social.*

Con la crisis de la ley nos referimos a su irracionalidad, ya sea originaria ya sea sobrevenida. Una ley irracional, por ejemplo cuando es contraria a los derechos humanos, no obliga, como ya hemos dicho antes. La *crisis del pacto social* se produce cuando se debilita o se altera el consenso que sustentaba un régimen político, un gobierno o la existencia misma de una comunidad política. En tanto es legítimo promover esos cambios, resulta legítimo desobedecer las leyes que sustentan lo que se pretende cambiar.

l) *Ley y coacción.* Una consecuencia de la obligatoriedad de las leyes es el sistema coactivo que acompaña al ordenamiento legal. El cumplimiento de las leyes está subsidiariamente apoyado por un sistema de coacción, que impele a que las leyes se cumplan o que sanciona el incumplimiento. Al tratar del derecho ya vimos el tema de la coacción y como lo que allí se dijo es aplicable al cumplimiento de la ley –que es lo justo legal o derecho de la sociedad– y, además, expusimos otros puntos relacionados con la coacción al hablar de la injusticia, ahora nos limitaremos a tratar de algunos aspectos peculiares de la coactividad de las leyes.

¿Por qué existe una coacción legítima en orden al cumplimiento de la ley? La ley no es expresión de la fuerza del poder ni el

ordenamiento legal es un sistema de fuerza organizada. Ya hemos visto que la ley es razón y voluntad, que se dirige a la razón y a la voluntad del destinatario. Es una regla racional, lo que proviene, entre otras cosas, de que el ordenamiento legal es el sistema racional de ordenación de la sociedad. El hombre es un ser racional y, en consecuencia, la ordenación de las relaciones sociales y la prosecución del bien común de la *pólis* es, de suyo, un sistema racional, que apela a la acción libre del hombre. La ley, en cuanto mandato, contiene una apelación a la obediencia, que es la forma racional --virtuosa-- de respuesta del ser libre al mandato. Por lo tanto, ni la ley es fuerza coactiva, ni la obediencia es respuesta coaccionada.

La coacción o fuerza aparece allí donde el hombre no responde racionalmente obedeciendo la ley, pues en tanto la ley es un *ordo rationis*, la desobediencia es una conducta irracional (salvo los contados casos de desobediencia legítima). La irracionalidad es una falencia –un decaimiento– de la persona humana (proveniente de un decaimiento de su naturaleza), que sitúa voluntariamente al hombre al margen del sistema racional de ordenación de la vida en sociedad. La razón es, en tal caso, sustituida por la fuerza, que tiene siempre una dimensión de infrahumanidad –falencia, decaimiento-- al sustituir la obediencia libre propia del hombre por la fuerza, que es lo propio del mundo subhumano. Por eso, la fuerza o coacción no puede ser más que un subproducto de la ley y del derecho, no el sistema normal, que lo es el de la racionalidad libre. La norma jurídica es sustituida por la fuerza física, lo que equivale a trasladarse del mundo humano al mundo subhumano.

Este paso de la razón a la coacción tiene su fundamento en el hecho de que el desenvolvimiento de la vida social hacia el bien común, fundado en la obtención de los fines naturales del hombre, tiene carácter necesario, como ley natural que es. Necesario, no en sentido físico, sino en sentido moral, pero necesario al fin y al cabo, esto es, obligatorio y vinculante. Por eso las leyes, como hemos dicho, son obligatorias. Al ser necesario el desarrollo de la vida social en orden al bien común, cuya regulación son las leyes, el desorden que implica la no obediencia libre legitima la reducción al orden por la fuerza.

Sin duda la aplicación de la fuerza tiene algo de subhumano, por lo cual sólo es posible legitimar la fuerza por la capacidad del hombre de decaer –siempre y sólo parcialmente– de su estatuto natural de ser racional (*homo fallens*). Sólo la posibilidad de falencia o decaimiento del hombre respecto de su orden natural de ser racional y libre –respecto de la ley natural– explica y legitima la coacción. Por lo tanto ésta es ilegítima siempre que no exista tal falencia.

De lo dicho se desprende claramente que la coacción no es un factor esencial de la ley, sino tan sólo una consecuencia propia de su obligatoriedad, en cuanto fundada en el carácter moralmente necesario del desarrollo de la sociedad al bien común.

m) *Validez y eficacia de la ley*. En un texto medieval, de los comienzos del *ius commune* que rigió el derecho europeo hasta la codificación, leemos esta afirmación: "Leges instituuntur, cum promulgantur, firmantur, cum moribus utentium approbantur"[84]. Las leyes se instituyen cuando se promulgan, se hacen firmes cuando son aprobadas por el cumplimiento habitual de sus destinatarios. Afirmación ésta que sin duda resulta inaceptable para el legalismo imperante y a decir verdad difícilmente compaginable con el modo como los ordenamientos jurídicos modernos han formalizado la ley y su validez en el tiempo y en el espacio. Sin embargo, desde el punto de vista de la filosofía del derecho –que ha de estudiar la ley más allá de la formalización positiva– la afirmación de Graciano merece atención.

Desde el momento en que la norma legal no puede entenderse simplemente como una voluntad superior que se impone, su validez y su eficacia han de verse desde la perspectiva de la función reguladora del gobernante y del *consensus* o pacto social en el que se funda de modo inmediato la existencia y el desarrollo de la comunidad política concreta. Por eso, la actitud de la ciudadanía ante la ley es un factor relevante en el proceso existencial de las leyes.

84. *Decretum Gratiani*, dictum post I, IV, c. 3.

Una ley es completamente ley de la sociedad, no sólo cuando es *válida* –esto es, cuando existe como mandato y regla del legislador que de suyo obliga–, sino también si es *eficaz*, es decir, si es cumplida y vivida por sus destinatarios. Únicamente si es cumplida ejerce su función de ley, o sea, sólo en este caso regula y ordena la comunidad política. Una ley formalmente existente, pero no aplicada, de hecho no actúa como ley, como norma o regla de la sociedad. En tal caso, sin duda es válida, pero resulta ineficaz.

No hablamos de los quebrantamientos parciales de la ley, que siempre existen, sino que nos referimos a la *desuetudo*, a la inaplicación generalizada del cuerpo social que rechaza la ley. Es esta *desuetudo* la que produce la ineficacia.

Por eso, la recepción de la ley por el cuerpo social es un factor que completa el proceso de génesis de la norma y de su vigencia en el tiempo y en el espacio, no en el orden de su *validez*, sino en el orden de su *eficacia*. Una ley dictada y no cumplida es una ley válida pero ineficaz.

Aunque la eficacia está en el orden de los hechos, no por eso deja de influir en el proceso existencial de la ley. Que la ley sea de hecho ley, es decir, regla o estatuto vivido, influye en la misma condición de la ley como tal, puesto que la ley sólo es completamente ley cuando se cumple y se vive, ya que de lo contrario queda inoperante su razón de existencia, que es regular la realidad social.

Una ley es completamente ley cuando es válida y eficaz. Por eso, el proceso existencial de la ley está determinado por dos factores: la promulgación por el legislador y el uso o cumplimiento por el cuerpo social. Por la promulgación la ley se instituye y es válida; por el uso la ley se confirma como ley y es eficaz.

La *desuetudo*, o rechazo generalizado de la ley por parte del cuerpo social, no debe confundirse con la desobediencia a la ley a la que aludimos en el apartado anterior. Lo que la *desuetudo* pone en juego es el pacto social o *consensus populi* respecto del gobernante; es el rechazo a un acto suyo, que equivale a manifestar respecto de tal acto la falta de dicho consenso, con los limitados efectos ya señalados.

19. LA NORMA SINGULAR. *a*) Junto a la ley o norma común, todos los ordenamientos jurídicos han conocido –y siguen conociendo– la existencia de la norma singular. Por tal entendemos la norma o regla de derecho dada por el poder público con un supuesto de hecho singular (no general), esto es, la norma dirigida a una persona física concreta o a una comunidad menor (esto es, que no forma parte de la estructura pública y orgánica de la *societas perfecta*) también concreta. Por ejemplo, la norma dada para la empresa comercial X, para la familia Y o para la persona Z. En nuestra tradición jurídica romano-canónica la norma singular ha recibido distintos nombres: *praeceptum* (precepto), *beneficium* (beneficio), privilegio, etc. Los más comunes han sido precepto (para las normas de conducta), privilegio y dispensa (ambas para designar estatutos jurídicos singulares).

Por precepto se entiende el mandato o la orden de realizar determinadas acciones u operaciones o la prohibición de ciertas conductas. La dispensa es la relajación de la ley en un caso concreto (por ejemplo, levantar la prohibición o incapacidad de realizar un acto jurídico antes de la edad establecida en la ley). Por su parte, el privilegio es la concesión de un estatuto jurídico singular transitorio o permanente; es decir, el acto por el que se conceden derechos o se priva de ellos a un sujeto singularmente considerado. Aunque el privilegio puede suponer un estatuto jurídico peor que el establecido por la ley (*privilegia odiosa*, privilegios odiosos), ha sido muy común que el privilegio se concediese –como decía los clásicos– con intención benévola, esto es, que conceda beneficios y ventajas; pero por su naturaleza el privilegio no tiene por qué conceder ventajas o desventajas, pues lo típico de él es dotar de un estatuto jurídico a un ente singular que lo precisa, sin que ello signifique un estatuto mejor o peor que el de los demás entes.

b) La norma singular ha tenido y tiene mucha relevancia en las sociedades que no se rigen por el principio de igualdad ante la ley. En cambio, establecido este principio, la norma singular ha sufrido una importante reducción, hasta el punto de que se tiene comúnmente la idea de que no existe en los ordenamientos modernos. Sin

embargo, la norma singular sigue existiendo. El precepto es una norma singular necesaria e imprescindible, de uso ordinario y corriente. La dispensa, aunque de aplicación reducida, resulta a veces conveniente para evitar que la generalidad de la ley conduzca en casos concretos a situaciones dañosas y suele estar prevista por el ordenamiento jurídico para ciertos supuestos. En cuanto al privilegio, es cierto que se evita el nombre en las sociedades políticas modernas –por las connotaciones que tiene de la desigualdad propia del Antiguo Régimen–, pero también sigue existiendo, revistiendo la forma de ley, de acto administrativo o incluso de sentencia judicial. Por ejemplo, todas aquellas decisiones de gobierno que conceden un estatuto peculiar a personas o entidades singulares son por su índole privilegios, aunque revistan la forma de ley o de tratado internacional; así el trato de nación más favorecida.

c) La norma singular, en cuanto norma distinta de la ley, se instituye por decisión del poder público. Si no hubiere lugar a esa decisión porque la norma fuese una regla impuesta directamente por ley, entonces no habría una norma singular, sino la simple aplicación de la ley al caso concreto. Otra cosa distinta es que la norma singular esté reglada por ley; en este sentido, tanto formal como materialmente, la decisión del poder público que da origen a una norma singular puede estar legalmente reglada y quedar poco espacio a la discrecionalidad. Lo decisivo para tratarse de una norma singular es que exista la norma con destinatario singular como decisión del poder público con existencia propia. Por ejemplo, si la ley establece que la erección de una Universidad y la aprobación de sus estatutos debe hacerse por ley, la ley por la cual se erige una Universidad y se aprueban sus estatutos no es en su sustancia una ley (aunque tenga la forma de tal y se haya seguido el proceso legislativo correspondiente), sino una norma singular (en este caso un privilegio según la terminología clásica, aunque ahora el término esté en desuso).

d) La norma singular y la ley se distinguen por el supuesto de hecho, que es general o común en el caso de la ley y singular en la

norma así llamada. Pero no se distinguen por su finalidad: el bien común. No puede diferenciarse una y otra clase de normas por el fin: la ley se ordenaría al bien común y la norma singular al bien particular. En primer lugar, porque hay normas singulares que son desfavorables para el sujeto al que se dirigen (v.gr. la expropiación de una empresa o su requisa, la privación de la nacionalidad, etc.) y tales normas necesariamente deben estar justificadas por un bien al que se ordenen, que no puede ser otro que el bien común, ya que el poder público existe en función de él. En segundo lugar, porque el poder público, en tanto es un poder social –el propio de la sociedad perfecta–, no tiene por función directa la consecución del bien particular sino la obtención del bien común. Por lo tanto, toda norma procedente del poder público debe ordenarse al bien común, de modo que si favorece al bien particular ha de hacerlo en función del bien común. La norma singular se ordena al bien común y a él debe estar subordinada, tanto si es favorable como si es desfavorable al sujeto al que se dirige. De lo contrario no sería justa, porque lesionaría la justicia legal.

e) Una cuestión que plantean las normas singulares que establecen estatutos jurídicos (conceder derechos o privar de ellos, otorgar capacidad o levantar una prohibición) como son la dispensa y la ley con destinatario singular (el antiguo privilegio), es la referente a su coherencia con el principio de igualdad ante la ley. Ciertamente puede haber normas singulares que atenten contra este principio e introduzcan desigualdades jurídicas como era frecuente en el Antiguo Régimen. Tales normas singulares son inadmisibles en nuestra cultura jurídico-política, presidida por el principio de igualdad y no discriminación.

Pero no toda norma singular va contra el principio de igualdad. Se respeta el principio de igualdad, en primer lugar, cuando la norma singular está regulada por ley, de modo que se concede igualmente a cuantos sujetos están en la misma situación. Así, la norma singular por la que se crea una Universidad no va contra el principio de igualdad si la erección se concede igualmente –mediante las respectivas normas singulares– a todos los centros universitarios que cumplan los requisitos establecidos por la ley.

En segundo lugar, la norma singular no es contraria al principio de igualdad, si lo establecido por ella para el caso concreto guarda la debida proporción –justicia distributiva– con lo establecido por la ley para la generalidad de los casos. El principio de igualdad, por referirse a la igualdad de trato y a la igualdad en el reparto de bienes y cargas, se rige por los criterios de la justicia distibutiva, la cual implica la igualdad proporcional, no el igualitarismo (que es lo propio de la justicia conmutativa).

Por otra parte, es bien sabido que la ley, a causa de la generalidad y abstracción con que está elaborada, puede resultar inconveniente, dañosa y aun injusta en determinados supuestos. Cuando una norma singular se dirige a evitar tales efectos indeseables en los casos singulares, no atenta contra la igualdad, antes bien la establece, al equiparar todos los casos respecto del bien que la ley pretende obtener; pues, en efecto, si una ley produce un bien en la generalidad de los casos y un mal en un caso singular, causa una desigualdad, de modo que la norma singular que corrija ese mal iguala el caso singular a los casos generales.

20. LA COSTUMBRE. *a*) *Introducción*. A lo largo de la Historia, junto a la ley, han tenido una importancia notoria y a veces decisiva en la formación de las reglas de derecho las normas consuetudinarias, es decir, aquellas procedentes del uso constante de una comunidad, pueblo o nación, que han arraigado en la conciencia jurídica como normas vinculantes con la fuerza que se atribuye a las leyes. Históricamente hablando puede decirse que la costumbre fue antes que la ley, pues en no pocas comunidades políticas el núcleo primario y básico del ordenamiento jurídico lo constituyeron las tradiciones o costumbres recibidas de los antiguos o *mores maiorum* según el término usado por los romanos. Incluso en el Digesto se narra quiénes fueron los primeros que dieron leyes, lo cual, dejando aparte la inexactitud histórica de los datos allí recogidos, indica la conciencia de la precedencia en el tiempo de la costumbre sobre la ley. En lo que a Europa respecta, la costumbre tuvo una notable relevancia, tanto en la Antigüedad (Grecia y Roma), como en el sistema medieval del *utrumque ius* (derecho canónico y derecho secular), de modo

que el derecho realmente vivido fue en buena parte un derecho consuetudinario. A partir del racionalismo, que aspiraba a un ordenamiento jurídico deducido de la razón, y el consiguiente movimiento codificador –y pese a los esfuerzos de la Escuela Histórica– se introdujo una influyente actitud de prevención hacia la costumbre, cuya función y relevancia en los ordenamientos jurídicos de corte moderno (a excepción del derecho canónico) han quedado sensiblemente mermadas.

Esta situación ha llevado a la mayoría de los filósofos del derecho a no ocuparse de la costumbre; sin embargo, pensamos que, por su índole de ciencia especulativa que ha de estudiar toda la realidad jurídica, un tratado de filosofía del derecho ha de exponer la costumbre según todas sus posibilidades –con independencia de los recortes que haya sufrido en los ordenamientos concretos–, que es lo que haremos a continuación con la brevedad requerida por la índole de estas lecciones.

b) *Noción.* La costumbre recibió antiguamente la calificación de *lex non scripta* (ley no escrita), lo cual indica con bastante aproximación la naturaleza de este tipo de norma. La costumbre es una norma general o común, inducida por la conducta y el uso constante de una comunidad, que tiene fuerza de ley.

Así, pues, la costumbre coincide con la ley en su índole de norma, en que es común –no singular– y en su idéntica fuerza jurídica. Con razón puede llamarse "ley no escrita", pues ley y costumbre se diferencian sobre todo por el modo de manifestarse: la ley por la escritura, la costumbre por el uso. En consecuencia, la costumbre de la que aquí tratamos no es cualquier uso o conducta habitual a la que el ordenamiento jurídico otorgue efectos reguladores con fuerza jurídica, sino de la costumbre que hace ley, aquella que merece el nombre de ley no escrita.

Por eso la costumbre es norma común o general, al igual que vimos en la ley; no es norma singular (como podría serlo el privilegio nacido de la prescripción), sino norma de la comunidad como tal, que regula de forma común el sector de la vida jurídica al que se refiere; v. gr., los testamentos, los contratos, etc. En este sentido, la costumbre es aprehendida intelectualmente y expresada

por el lenguaje como una norma con un supuesto de hecho general y abstracto, al igual que la ley.

c) *Fuerza obligatoria*. La costumbre, como se ha dicho, ha podido recibir el apelativo de ley no escrita, porque su fuerza de obligar es la misma que la ley. Este es el principio fundamental: la costumbre tiene fuerza de ley. Y cuando en un ordenamiento jurídico hay jerarquía de normas, la costumbre sigue esa jerarquía: la costumbre constitucional prevalece sobre la ley ordinaria, las costumbres que están en el orden y rango de las leyes ordinarias están sometidas a las leyes y costumbres de rango constitucional, etc.

La cuestión fundamental que se plantea en relación con la fuerza obligatoria de la costumbre es su origen. ¿Esa fuerza vinculante procede de la comunidad, esto es, del pueblo o, por el contrario, procede del gobernante o superior –en último término de la ley–? Si fuese lo segundo, la costumbre no sería propiamente una norma, sino un hecho contemplado por la ley (la *voluntas superioris*), de modo que la costumbre, como norma, no tendría entidad propia, pues se reduciría a ser un supuesto de hecho de la ley; de ser esto verdad, debería decirse que la costumbre, para ser norma, necesita el refrendo legal o, como decían los antiguos, el consentimiento del gobernante (*consensus superioris*).

En aquellos ambientes de pensamiento político y jurídico en los que se entendió que el titular de la soberanía –y por tanto del poder público de gobierno o jurisdicción– era el rey o el emperador (que por eso recibió el nombre de soberano) y, por consiguiente, se afirmó que dar normas era función del *superior* o persona que como gobernante estaba por encima del pueblo, la costumbre fue considerada como norma necesitada del refrendo legal o del *consensus superioris*. También el positivismo legalista, procedente del racionalismo, que sólo reconoce a la norma del poder público la fuerza de obligar, ha entendido la costumbre como norma dependiente de la ley, de la que procedería su naturaleza vinculante. En general, todo pensamiento jurídico para el cual la norma es un dictado del poder, considera la costumbre como un hecho sin fuerza normativa por sí mismo, dependiendo la que tenga de la ley.

Esta forma de entender la costumbre no parece que pueda considerarse correcta. Ya hemos dicho que en la *pólis* o comunidad política –en la sociedad civil[85]– el titular de la soberanía es el pueblo, la comunidad, que es el primer legislador. Por lo tanto, si la comunidad puede dar leyes, es el titular del poder en cuya virtud la costumbre es vinculante o verdadera norma jurídica. En realidad, la ley y la costumbre son dos formas del poder de autonormación que tiene una *pólis*: a través de la acción popular o por medio de sus órganos de poder público. Los gobernantes –en general los órganos de poder público– no están por encima del cuerpo social, del pueblo; no son *superiores*, si por tal se entiende estar sobre la *pólis* o comunidad, sino órganos de la *pólis*, de modo que ésta puede operar su capacidad de autonormación según las dos formas indicadas. A su vez, la acción popular puede ejercerse a modo de ley (plebiscito, referendum) o a modo de costumbre.

En consecuencia, la costumbre es un tipo de norma distinto de la ley, cuyo autor, con su fuerza vinculante, es la ciudadanía o *populus*.

d) *Intencionalidad jurídica*. Se discutió en la tradición clásica si para que una costumbre tuviese razón de norma, o sea fuerza de ley, basta la mera existencia del hecho consuetudinario –la repetición habitual de conductas o formas de actuar–, o bien es necesario que la comunidad tenga el ánimo de introducir una norma jurídica (*animus inducendi iuris*). Sobre este punto, parece suficiente recordar que la costumbre es ley no escrita instituida por la acción popular. Por lo tanto, se trata del ejercicio del poder de autonormación de la *pólis*, lo cual indica que el ánimo de introducir derecho es un elemento necesario de la costumbre.

85. No tratamos aquí de la costumbre en derecho canónico, que se plantea en términos distintos. Sobre la costumbre canónica, vide G. MICHIELS, *Normae generales Iuris Canonici*, II, 2ª ed. (Tornaci 1949); R. WEHRLÉ, *De la coutume dans le droit canonique* (Paris 1928); A. VAN HOVE, *De consuetudine* (Mechliniae 1933); J. ARIAS, *El "consensus communitatis" en la eficacia normativa de la costumbre* (Pamplona 1966).

No hay que confundir este ánimo con la necesidad de pactos o declaraciones expresas, que no se dan en la costumbre (y que cambiarían su naturaleza), sino que se trata del ánimo o voluntad de vincularse jurídicamente, es decir, de actuar conformando el uso como norma jurídica.

e) Comunidad capaz de introducir costumbres. La costumbre, como norma general o común que es, es obra de una comunidad; constituye costumbre el uso, conducta o forma de actuar que son habituales en una comunidad. A este respecto se plantea la pregunta: ¿qué tipo o clase de comunidad es capaz de introducir costumbres?

Resulta claro que, dado que la costumbre es norma general o común como la ley (ley no escrita), para formar una costumbre debe tratarse de aquel tipo de comunidad que es capaz de recibir leyes, no normas singulares, de modo que una norma dada particularmente para ella tenga la índole de ley. Por lo tanto, debe tratarse o bien de toda la *societas perfecta* o bien de alguna de aquellas de sus partes, que –según la múltiple variedad con que se organiza (nacionalidades, regiones, cantones, mancomunidades, municipios, etc.)– por ser parte de ella integran su estructura pública, como se dijo al hablar de la comunidad capaz de recibir leyes.

Por otro lado y en relación con el tema del poder vinculante de la costumbre, cabe advertir que la facultad de autonormación por la acción popular no reside sólo en todo el conjunto de la *societas perfecta*, sino también en cada una de aquellas de sus partes en la que la comunidad política se organiza, las cuales, al ser capaces de regirse por leyes propias (de recibir leyes), mantienen la capacidad de autonormación, bien por los órganos de gobierno, bien por la acción popular.

f) Formalización. Por formalización entendemos el proceso de tecnificación jurídica de los momentos del derecho. Pues bien, el proceso de dar normas jurídicas y su fuerza vinculante están sometidos a su regulación y perfeccionamiento por la técnica jurídica. Ello ocurre –como es bien conocido– con la ley; así el

proceso de reforma constitucional está sometido a unos requisitos determinados, las leyes ordinarias se instituyen según el procedimiento legislativo establecido, su vigor depende de lo dispuesto por las reglas de la jerarquía de normas, etc. Esto mismo ocurre con la costumbre. También la norma consuetudinaria puede –y debe– estar formalizada, mediante reglas, con rango de ley (pues ese es el rango de la costumbre), que establezcan los requisitos que ha de cumplir la costumbre para que se convierta en norma jurídica.

De modo particular corresponde a la formalización señalar el lapso de tiempo que debe durar una costumbre para que se afiance como norma jurídica. Este es un punto de particular importancia, porque la costumbre es un uso o conducta habituales, por lo que es necesario que tenga una duración larga en el tiempo, para que el uso o conducta se haga habitual y se transforme en costumbre. Cual sea el lapso de tiempo para que una costumbre adquiera fuerza de ley no está establecido por ningún criterio intrínseco, aunque parece que la costumbre seguida por una generación (varias decenas de años) puede considerarse consolidada. Por eso, es función del legislador o de los jueces (según el sistema jurídico que se siga) formalizar la costumbre en este punto señalando los plazos correspondientes. A guisa de ejemplo, recordemos que en derecho canónico el lapso de tiempo establecido actualmente es el de treinta años, en unos casos, y para otros se requiere que la costumbre sea centenaria o inmemorial.

g) Relación con la ley. La costumbre puede ser según ley (*secundum legem*), contraria a la ley (*contra legem*) o recaer sobre materia no regulada por la ley (extralegal o *praeter legem*).

La costumbre según ley consiste en una forma habitual y determinada de cumplir una ley. De esta costumbre se dice que es el mejor intérprete de las leyes, porque es aquella forma de interpretar la ley que mejor se adecúa a la realidad social. Cuando la costumbre prescribe, esa interpretación de la ley tiene fuerza de ley y por lo tanto se hace obligatoria para los jueces, para los órganos de gobierno y la administración pública y para todos los ciudadanos. Al respecto debe advertirse que si una ley admitiese

diversas formas de cumplimiento y se impusiese por costumbre una forma determinada con ánimo de excluir las demás formas lícitas, no sería una costumbre *secundum legem*, sino propiamente *praeter legem*.

Es costumbre *contra legem* aquella que consiste en una conducta o modos de actuar contrarios a la ley. Cuando la costumbre ha prescrito, deroga la ley, al igual que la ley posterior deroga la anterior. Ya se ha dicho que la costumbre es ley no escrita, es decir, es norma jurídica con fuerza de ley; por lo tanto, la costumbre contraria a la ley tiene fuerza derogatoria de ésta. Esta fuerza derogatoria no la pierde la costumbre por el simple hecho de que la ley contenga una cláusula prohibiendo las costumbres contrarias a ella, porque procediendo ambas del mismo poder de autoconformación de la sociedad (el poder supremo de la *societas perfecta*), la cláusula prohibitoria no puede anular la fuerza de la costumbre, del mismo modo que una ley no puede prohibir una ley posterior contraria. Caso distinto es que la ley repruebe o condene una costumbre contraria, lo cual sólo es legítimo si la costumbre contraria a la ley atenta contra el bien común; en ese caso la costumbre resulta irracional y, por lo tanto, sin fuerza vinculante.

La costumbre extralegal o *praeter legem* es aquella que viene a llenar una laguna de la ley, esto es, regula relaciones sociales no regladas por las leyes. Por consiguiente, allí donde hay una costumbre *praeter legem* no puede hablarse de una laguna del ordenamiento jurídico.

h) *Racionalidad.* La costumbre es una norma jurídica y, por lo tanto, a ella es aplicable cuanto se ha dicho antes acerca de la racionalidad de la norma. La costumbre, para adquirir fuerza de ley, ha de ser racional, cumpliendo los requisitos que en su momento se indicaron. Aquí queremos simplemente recordar que la costumbre, como ley no escrita, ha de estar ordenada al bien común, ha de ser una norma que ordene la vida social en función del bien común.

Esto es particularmente importante tenerlo en cuenta en el caso de la costumbre *contra legem*. El incumplimiento reiterado de la ley o la habitual conducta contraria a ella no se convierte en norma

jurídica, cuando se trata de un desorden social que atenta contra el bien común. Tales actitudes, por inveteradas que sean, no pueden ni derogar la ley ni adquirir fuerza de ley. La costumbre *contra legem* es aquella que, dentro de las distintas opciones legítimas que se presentan al legislador para regular una materia, representa una opción del cuerpo social distinta de la elegida por el legislador; por lo tanto, ha de tratarse de una costumbre ordenada al bien común.

i) *Costumbre y democracia*. Resulta verdaderamente incoherente que, en nuestras sociedades democráticas avanzadas, la costumbre esté formalizada de tal modo que apenas tenga relevancia. La idolatría de la ley es más propia de regímenes absolutos o dictatoriales que de una sociedad democrática. La costumbre es una forma inestimable de participación popular en la ordenación de la vida social, propia de sociedades libres. Siempre la costumbre ha sido un signo de libertad del cuerpo social, como forma que es de la autonomía y de la autorregulación de la ciudadanía, manifestación de su espontaneidad y de su elección de modos de vida y de organización social, que responden mejor a su sistema de valores, de mentalidad e idiosincrasia.

21. EL PACTO O LEY ACORDADA. La norma jurídica puede tener su origen en el pacto o acuerdo de voluntades, que actúa también como un momento del derecho. La norma derivada del pacto puede tener la fuerza de ley, en cuyo caso puede hablarse de leyes acordadas. Este tipo de pactos pueden ser de dos tipos, que analizaremos a continuación.

a) *Tratados internacionales*. Son causa originante de normas jurídicas aquellos pactos o tratados entre dos o más sociedades perfectas, que contienen reglas de derecho –constitutivas, organizativas u ordenadoras de conducta– poseedoras de eficacia inmediata en virtud del tratado mismo, bien sea en el ámbito internacional, bien sea en el ámbito interno de las sociedades perfectas que pactan. Es decir, nos referimos a aquellos pactos internacionales normativos que no necesitan una ley interna para

tener eficacia jurídica plena. No hablamos, pues, de los pactos internacionales sin eficacia jurídica inmediata.

Tales normas pacticias poseen la máxima fuerza jurídica, aquella que hemos visto que es propia de la ley. Por eso son leyes acordadas, esto es, no nacidas de un acto unilateral de un órgano de poder, sino del pacto o convenio entre sociedades perfectas, representadas por los órganos que, según el ordenamiento de cada una de ellas, tenga la facultad de negociar, concluir y dar valor jurídico a tales pactos.

Lo más relevante para lo que nos interesa consiste en señalar que el momento del derecho del que hablamos es el pacto mismo. La causa de la norma jurídica, lo que le da existencia y vigor es el pacto. Es, pues, un caso claro de que la norma jurídica no deriva de un poder superior a la sociedad, --no existe tal poder superior en el caso que nos ocupa--, sino de la facultad de autonormación de la sociedad humana, que puede manifestarse en diversas formas. En este caso, es el pacto como tal la fuente de la regla del derecho, cualquiera que sea el proceso que deba seguirse para su entrada en vigor.

¿Dónde reside la fuerza del pacto, su condición de causa de regla del derecho? Justamente en el poder de autonormación inherente a la sociedad humana –capacidad por derecho natural de regularse–, que reside primeramente en el cuerpo social y que se formaliza históricamente de múltiples formas. Ese poder de autonormación otorga al pacto internacional su fuerza propia como pacto normativo con valor propio, no como acto –ley– conjunto de dos o más poderes, que luego se reflejaría en otras tantas leyes internas.

b) *El convenio social.* El mismo poder de autonormación de la comunidad humana se manifiesta en el interior de cada sociedad perfecta en el convenio social. Por tal entendemos el pacto, con la misma fuerza jurídica de la ley, entre los órganos de poder y las comunidades que la forman, las fuerzas sociales que la integran o grupos de ciudadanos. O también los pactos entre tales elementos constitutivos de la sociedad, que dan lugar a organizaciones, estatutos, o estructuras de naturaleza pública. Históricamente estos

pactos han tenido notable importancia, como los pactos entre la realeza y la nobleza, o entre el rey y las ciudades.

El convenio social no debe confundirse con la ley consensuada. En ésta lo que se concierta y pacta es el contenido de la ley, la cual es una norma propia del poder legislativo. En cambio, el convenio social es un acuerdo de naturaleza jurídica pública, que contiene normas jurídicas, cuya fuerza proviene del pacto. Así, por ejemplo, las Comunidades Autónomas españolas tienen su origen en una ley, la Constitución, pero la Comunidad Foral de Navarra es preconstitucional y su origen primero es el pacto.

c) *El pacto y la ley*. De modo semejante a lo que decíamos al hablar de la costumbre, podemos afirmar que antes fue el pacto que la ley. La constitución de cada *pólis* concreta es un proceso histórico que –fundado en la naturaleza social del hombre– procede del pacto, a veces explícito, muchas veces implícito, al igual que los regímenes y formas de gobierno. Tanto la *pólis* como los regímenes políticos –salvo períodos en que se asientan en la fuerza y, por tanto, en la violencia, períodos que no pueden ser indefinidos– se sustentan en el consenso, esto es, en el pacto explícito o implícito. En este sentido, la legislación, al presuponer la constitución de la *pólis*, es precedida por el pacto.

Bien puede afirmarse que una filosofía del derecho basada exclusivamente en la ley conduce a un sistema de pensamiento jurídico incompleto y por incompleto inexacto. Su teoría de la norma lleva a una consideración de ésta polarizada en un tipo de ella e induce a notables confusiones, de las que no es la menor entender la norma jurídica como un exclusivo fenómeno de poder del gobernante.

22. LA SENTENCIA JUDICIAL. Entre los momentos del derecho que pueden originar normas jurídicas puede incluirse, no sin una serie de precisiones, la sentencia judicial y especialmente las series de sentencias que marcan una línea de decisiones similares (jurisprudencia en el sentido moderno de la palabra).

Hemos dicho antes que el jurista por antonomasia es el juez: a él corresponde decir el derecho, declarar lo justo en las concretas

relaciones humanas. En este sentido, lo que propiamente corresponde al juez es la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en orden a su cumplimiento. Según esto y de acuerdo con lo repetidamente dicho, la función del juez presupone el derecho –su título y su medida– y la norma preconstituida en cuanto causa y medida del derecho. Por lo tanto, vista la función del juez, a la sentencia judicial no le corresponde crear normas jurídicas. Es más, supuesta la constitución de los Estados modernos sobre la base de la separación de funciones y poderes, la función del poder judicial debería limitarse, respecto de la norma jurídica, tan sólo a interpretarla y a aplicarla.

Pero la vida del foro es mucho más compleja que las teorías políticas y las distinciones científicas. Cuando el juez debe resolver las controversias forenses, no siempre encuentra la ley aplicable (lagunas de la legislación) ni establecidas con claridad y de modo indubitable en los actos que crean o transmiten derechos la titularidad y la medida de esos derechos, sin que el juez pueda escudarse en estos hechos para dejar de dar sentencia. Hay, además, un factor histórico que influye también en las resoluciones judiciales. La interpretación de la ley y de las instituciones jurídicas necesitan una adaptación a los cambios ideológicos, psicológicos y sociales que se producen en la sociedad. Todo ello comporta que, a veces, la sentencia judicial no se limite a decir el derecho y a aplicar la norma, sino que actúe a modo de norma estableciendo la medida de los derechos y aún fijando sus titulares. Asimismo, bajo la forma de interpretar una norma, en realidad puede estar creando una nueva, como ocurre con la intepretación analógica, la interpretación extensiva y la progresiva o, a veces, cuando recurre a los principios generales del derecho.

En principio, la sentencia judicial que en realidad establece una norma, tiene validez y eficacia sólo respecto del caso concreto, por lo que lo creado es una norma singular. Pero, tanto en los sistemas jurídicos basados en el precedente judicial –por ejemplo, el anglosajón–, como en aquellos en los que la continuidad de una misma interpretación de la ley y de los derechos por los tribunales superiores vincula –al menos en cierta medida– a los jueces y tribunales inferiores (es decir, que *hacen jurisprudencia*), la serie

de sentencias similares crea verdaderas normas generales. Por todo ello hay que admitir que la sentencia judicial puede ser fuente de derecho, o sea, un momento del ordenamiento jurídico.

23. LOS ACTOS JURÍDICOS DE LA INICIATIVA PRIVADA. *a*) Aparte de actos jurídicos no normativos que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas, cuya causa es la iniciativa privada, ésta también es causa de actos jurídicos de naturaleza normativa, que contienen verdaderos estatutos de los derechos (*ratio iuris*); así los contratos con cláusulas normativas, los estatutos de asociaciones, sociedades y corporaciones de derecho privado, los testamentos que establecen fundaciones, etc. Dado el hecho descrito, que es indiscutible, dos son las cuestiones que debemos tratar aquí. La primera de ellas se refiere a la fuerza causal de la iniciativa privada. La segunda, al grado de vinculación obligatoria de las normas cuyo origen es la iniciativa privada.

b) Al igual que hemos visto al tratar de las costumbres y por las mismas corrientes de pensamiento jurídico allí aludidas, especialmente el positivismo legalista, los actos normativos privados no han sido considerados como verdadera causa de la norma, sino como el supuesto de hecho de la ley, que sería la fuente de la obligación y, en definitiva, la verdadera norma. La norma de origen privado no sería norma, lo sería la ley que concede efectos a los actos jurídicos de la autonomía privada.

En primer lugar, debe decirse que esta tesis legalista es históricamente falsa. Al igual que la costumbre, los actos jurídicos de la iniciativa privada –contratos, convenios, testamentos, etc.– son históricamente muy anteriores a la ley. Los actos jurídicos privados han tenido existencia y capacidad obligatoria, sin existencia de leyes que los contemplasen. En este sentido, el legalismo cae en una posición sin respaldo en la realidad social y jurídica de muchos siglos. Pero, además, es también insostenible desde la perspectiva de la actualidad. Es notorio que van surgiendo nuevas formas de actos privados –especialmente en la práctica mercantil– con anterioridad a su regulación legal, que casi siempre va por detrás de la vida social. De ser cierto el legalismo, resultaría

que esas nuevas formas no serían válidas hasta tanto no figurasen como supuesto de hecho de una ley, lo cual es absurdo.

Los actos jurídicos privados tienen una fuerza jurídica propia que deriva de la capacidad de la autonomía privada de crear obligaciones jurídicas. Esta fuerza jurídica radica, en primer lugar, en la titularidad de los derechos, los cuales contienen una serie de facultades, entre las cuales está la de transmitir derechos, regular su medida, establecer el destino de los bienes que los constituyen, etc.

En segundo lugar, existen una serie de derechos fundamentales, que comportan facultades normativas, como el derecho de asociación comprende la facultad de establecer los estatutos de asociaciones y sociedades. O el derecho de fundación, que lleva consigo establecer las reglas por las que han de regirse las fundaciones creadas, etc.

En cuanto al pacto entre privados, su fuerza proviene de la capacidad jurídica de compromiso –de vincularse– que tiene naturalmente la persona humana, de donde deriva el conocido principio de derecho natural *pacta sunt servanda.*

En definitiva, la capacidad de obligar y la facultad normativa (estatutos del derecho) de la iniciativa privada procede del núcleo natural de juridicidad de la persona humana, esto es, del derecho natural.

c) En relación al grado de vinculación obligatoria de las normas cuyo origen es la iniciativa privada, hay que decir que su índole obligatoria jurídica es completa. Dicho en otras palabras, crean un deber de justicia que es pleno. Esta característica suele enunciarse respecto de los contratos afirmando que "tienen fuerza de ley entre las partes" (cfr. por ejemplo, el art. 1091 del Código civil español). Con ello, que es aplicable al conjunto de actos jurídicos normativos privados, se quiere poner de manifiesto el grado de vinculación u obligatoriedad que les es propio: son plenamente vinculantes de modo semejante a la ley. Pero naturalmente las normas privadas no son leyes, no tienen en ningún caso ese rango. Su fuerza no deriva del poder público, ni su obligatoriedad o deber de obediencia y cumplimiento es igual a

las que corresponden a las leyes; son distintos. Por eso tienen su propia forma de interpretación, de vigencia y de derogación. Y su incumplimiento tiene efectos que no son iguales al incumplimiento de la ley.

Por otra parte, la norma jurídica privada no goza de la soberanía que se predica de las leyes; es una norma subordinada al ordenamiento legal, del que recibe su regulación. En este sentido, la autonomía privada está sometida a la legislación.

d) Todo ello, sin embargo, no es óbice para que la norma privada sea verdadera norma jurídica –verdadero estatuto del derecho o *ratio iuris*– por lo que a ella se aplica cuanto hemos dicho antes acerca de la norma en general y, particularmente, lo referente a la racionalidad.

24. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO O SISTEMA DE DERECHO. *a*) Aunque es más propio de teoría general del derecho que de filosofía jurídica, no queremos dejar de tocar el tema de la noción de *ordenamiento jurídico*, porque tiene cierta relación con algunos aspectos de la filosofía del derecho. Y justamente lo hacemos al final del tratado de la norma jurídica, porque el ordenamiento es entendido con mucha frecuencia como un conjunto de normas.

El concepto de ordenamiento jurídico es la noción cumbre de la teoría general del derecho, en cuanto que es aquel concepto que abarca cada orden jurídico completo y no sujeto a otro ordenamiento –el orden jurídico primario u orden jurídico propio de una *societas perfecta* o *pólis*–, contemplando como una unidad toda la realidad jurídica en él comprendida. Desde la perspectiva de la unidad, las normas aparecen interrelacionadas y jerarquizadas, con una serie de principios comunes que conducen a la interpretación de unas normas en función de otras. A su vez, las normas aparecen en relación con las situaciones jurídicas de los sujetos que regulan, de modo de éstas responden a conceptos, principios y sistemas unitarios. En su conjunto, el orden jurídico forma una unidad, que llamamos *ordenamiento jurídico* o *sistema jurídico*.

b) Aunque algunos autores –el italiano Santi Romano[86] y sus seguidores– entendieron por ordenamiento jurídico la institución social dotada de un orden de derecho, lo más frecuente es que el ordenamiento jurídico se haya entendido y se entienda como un complejo o sistema de normas, de acuerdo con el normativismo –el derecho es la norma– y el positivismo legalista imperantes. De este modo, toda la realidad jurídica es vista en cuanto relacionada, dependiente y reflejada en la norma. Consecuentemente el oficio de jurista se aprehende como consistente en la intepretación y la aplicación de la norma jurídica.

c) Tal visión del ordenamiento jurídico aparece como una distorsión, desde el momento en que se afirma que el derecho es lo justo debido –la cosa en cuanto atribuida y debida–, a la vez que se asigna al jurista el oficio de determinar y declarar el derecho, en función de lo cual corresponde al jurista la interpretación de las normas.

Como sea que el concepto básico y central de la ciencia jurídica es el derecho, no en sí mismo considerado, sino dentro de la relación jurídica entre el titular y el obligado o deudor, el objeto fundamental de estudio del jurista son las relaciones jurídicas, de las cuales la norma es *ratio*, regla o estatuto. Podemos, pues, decir que la unidad básica de estudio del jurista es la relación jurídica según su regla o estatuto, según la norma aplicable al caso.

Por otra parte, ya se ha visto repetidamente que el orden jurídico es el orden del cumplimiento o satisfacción del derecho, lo cual significa contemplar la relación jurídica desde la perspectiva del deudor, esto es, del cumplimiento de la justicia. Pues bien, si contemplamos el orden jurídico en su conjunto, el ordenamiento jurídico o sistema de derecho aparece como un *conjunto de relaciones jurídicas regladas por la norma* en su dimensión de satisfacción de la justicia. En consecuencia, el ordenamiento jurídico o sistema de derecho no es un complejo de normas, sino un complejo de relaciones jurídicas. Y su centro no es el poder –quien dicta la norma–, sino el deudor, el que debe ser justo y en

86. *L'ordinamento giuridico*, 2ª ed. (Firenze 1951).

relación con él los juristas, en último extremo el juez. No es, pues, un orden del poder, sino un orden de justicia, o sea, del juez.

d) Visto así, el ordenamiento jurídico resulta ser una realidad, a la vez, compleja y dinámica, constituida por los *momentos* y los *elementos*. Los momentos del derecho son los factores de dinamicidad, de regulación y de cambio, a través de los cuales las relaciones jurídicas se regulan, nacen, se modifican y se extinguen: en las páginas anteriores los hemos enumerado y estudiado.

Los elementos del derecho son los factores constitutivos del ordenamiento jurídico, contemplados en su estaticidad: los sujetos relacionados por el derecho, esto es, las relaciones jurídicas. Sin entrar en su estudio, que corresponde a la teoría general del derecho, digamos simplemente que la relación jurídica comprende: a) los sujetos en posición distinta y complementaria respecto del derecho (acreedor-deudor); b) el vínculo jurídico que los une y relaciona; c) el contenido, o conjunto de situaciones jurídicas que derivan del vínculo (derechos subjetivos, facultades, funciones, poderes); y d) el principio organizador o finalidad de la relación, en función de la cual el contenido existe y se desarrolla.

25. MORAL Y DERECHO (BREVES ANOTACIONES)[87]. *a*) *Introducción*. Desde Thomasio es clásico distinguir tres tipos de normas reguladoras de la vida social –jurídicas, morales, usos sociales; *iustum*, *honestum*, *decorum*–, cuyos criterios de distinción y mutuas relaciones han ocupado la atención de los especialistas. Particularmente ha preocupado a los autores la relación –¿separación, unión ...?– entre el orden jurídico y el orden moral, por las implicaciones prácticas y aun teóricas a ella

87. Entre la bibliografía de los últimos tiempos vide D. LYONS, *Ética y Derecho*, ed. castellana (Barcelona 1984); R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, edición castellana (Barcelona 1984); H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*, 2ª ed. castellana (México 1980); ID, *Derecho y Moral* (Buenos Aires 1962); S. COTTA, *El Derecho en la existencia humana*, ed. castellana (Pamplona 1987); R. PIZZORNI, *Filosofia del diritto* (Roma 1982); AA.VV., *Moral y Derecho*, nº monográfico de "Anales de la Cátedra Francisco Suárez", XXVIII (1988); R. RAZ, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, ed. castellana (México 1982).

inherentes. Es bien conocido que las opiniones sustentadas al respecto son muy varias y van desde las tesis que separan la moral y el derecho como dos órdenes distintos, hasta las de aquellos autores para quienes el orden jurídico es una parte o sector del orden moral. Sea suficiente en esta ocasión dejar constancia de esta disparidad de criterios, que se basa sin duda en los fundamentos filósoficos de los que parten los autores, con incidencia en los conceptos de derecho y moral que manejan. En las líneas siguientes haremos algunos comentarios y precisiones sobre esta *vexata quaestio*, que serán breves y casi marginales por ser un tema más propio de la filosofía política que de la filosofía del derecho, según la noción de ésta que sustentamos en estas lecciones.

b) *Naturaleza de las cosas y naturaleza de las ciencias*. La primera precaución, elemental, que hay que tener, es recordar que las ciencias y las artes *no totalizan* sus objetos. No intentan conocerlos ni realizarlos en toda su potencialidad, porque no es posible. Se limitan a contemplar los objetos o a realizarlos en *un aspecto* o en *una perspectiva*, dejando el resto a otros saberes. A un médico –por ejemplo– le interesa el ácido acetilsalicílico en cuanto quita el dolor de cabeza; pero en calidad de médico no le corresponde ni saber la estructura molecular ni los procesos de fabricación ni los problemas de mercado de esa sustancia; para eso están los físicos, los químicos y los empresarios. El médico no es el químico, aunque ambos estudien la misma sustancia; uno entiende de cómo fabricar el ácido acetilsalicílico y el otro de cuándo hay que recetarlo como medicina. Este hecho nos lleva a no confundir la cosa objeto del saber con la perspectiva desde la que se estudia, pues cada ciencia sólo nos habla de un *aspecto* de la cosa.

Como la misma cosa puede ser estudiada por distintas ciencias, no hay que confundir la *naturaleza de las cosas* con la *naturaleza de las ciencias*. La conducta humana, por ejemplo, puede ser estudiada por ciencias filosóficas, como la filosofía moral, y por ciencias experimentales, como la sociología empírica. Así pues, la *vida moral* –una realidad de naturaleza moral– puede ser objeto de

ciencias de índole diversa; no toda ciencia que estudie la vida moral ha de ser parte de la filosofía moral, siendo caso claro al respecto el ya citado en la sociología empírica. Con esto llegamos a una primera conclusión: no es lo mismo plantearse la cuestión de si el jurista es un moralista –si la ciencia del derecho es una parte de la filosofía o de la teología morales–, que preguntarse si el *derecho* es o no una *realidad moral*.

c) *La realidad moral*. Hechas las anteriores advertencias, la primera cuestión a exponer es la de si las normas jurídicas son de *naturaleza moral*; estamos en el plano, no de las ciencias, sino de las realidades.

¿A que llamamos orden moral u orden de las realidades morales?

En el orden de la realidad, existe un plano del ser del hombre, que es el que corresponde a su condición de persona, aquél en el que el hombre se manifiesta como ser dotado de razón, voluntad y, en consecuencia, de libertad. Este plano es de naturaleza distinta a aquellas esferas de su ser regidas por las leyes físicas y biológicas. En el plano de la personalidad, el hombre actúa según principios propios: los actos proceden de su autodeterminación, de su decisión libre. Se trata de un sector de la realidad humana que tiene una índole peculiar. Este orden peculiar de la conducta humana recibió en Grecia el nombre de *ethos*, de donde viene la palabra *ética*; y en Roma se llamó *lo propio de la costumbre* o *mos* (en plural, *mores*), y de ahí provino la palabra moral.

Este plano de la realidad humana es el que corresponde al hombre como persona, aquél en el que actúa y se realiza como tal. Si tenemos en cuenta que la persona se realiza en el conocimiento y en el amor, fácilmente se concluye que en ese orden el hombre actúa por su razón (conocimiento intelectual) y por su voluntad (amor). *El plano de la realidad moral o ética es el plano de la actuación del hombre como persona*. En este plano el hombre actúa libremente y sus potencias son habilitadas para actuar mediante unos hábitos peculiares que se llaman virtudes, de las cuales unas lo son del entendimiento y otras de la voluntad, aunque se llamen virtudes analógicamente.

Pues bien, esta realidad moral es objeto –entre otras– de tres ciencias prácticas, que conocen del actuar del hombre como persona, según tres perspectivas distintas: la ciencia del derecho (jurista), la ciencia moral (moralista) y la ciencia de la política (político). Para las realidades no morales del hombre existen otras ciencias: medicina, biología, etc.

¿Es el derecho una parte de la *realidad moral*? Indudablemente. El derecho es algo debido; el deber presupone la libertad y, por lo tanto, en el plano jurídico se opera por una decisión libre de la voluntad. Asimismo, el delito y la injusticia presuponen la libertad (un demente no delinque ni es injusto). Respecto del derecho el hombre actúa como persona; es más, el derecho presupone el orden de la actuación libre. ¿Quién puede dudar de que el derecho pertenece a la *realidad moral*? Del mismo modo, el actuar *político*, la vida del hombre en sociedad, pertenece al orden de actuar *personal*, de las acciones libres. La *realidad política* es una dimensión de la *realidad moral* del hombre. Las leyes son normas de esa actuación libre; precisamente su carácter de mandatos presuponen la libertad, pues el actuar no libre no se manda, *se produce* o *induce*. Por definición, las leyes pertenecen a la realidad moral del hombre.

Como cualquier otra realidad de este mundo, la realidad moral del hombre no es simple sino compuesta; en ella se da la *composición* en la *unidad*. Se da la composición, porque cada acto de naturaleza moral afecta a *relaciones* diversas del hombre; en concreto se pueden distinguir, dentro de la realidad moral, tres tipos de relaciones; del hombre con Dios, consigo mismo y con los demás, pues los actos humanos dicen relación con Dios, con las exigencias de realización del ser personal del hombre y con los demás hombres. En este último aspecto caben todavía dos formas distintas de relación: la de justicia en sí misma (la jurídica o de derecho) y la de miembro de la comunidad humana (la política).

Ahora bien, esa composición se da en la unidad, pues es cada acto –como entidad *una*– la que afecta a alguna o a todas las relaciones mencionadas. Por la composición caben ciencias distintas; por la unidad, hay aspectos que son comunes a esas ciencias. Por

ejemplo, el tema de la responsabilidad y de sus grados es único en su núcleo central.

d) *Las ciencias de la realidad moral*. Supuesta la unidad de la realidad moral, la existencia de relaciones distintas comporta principios y reglas peculiares del obrar respecto de cada una de esas relaciones, lo que conlleva que los saberes prácticos se distingan *respecto de las relaciones*. Aparece así el elemento formal –principal– de distinción de tres saberes prácticos sobre la realidad moral: la ciencia del jurista (ciencia o arte del derecho), la ciencia del político (ciencia o arte de la política) y la ciencia del moralista (ciencia o arte de la moral en sentido antonomástico). Por otra parte, como no todos los actos morales o personales (actos humanos) afectan a todas las relaciones, se da un factor secundario de distinción o elemento material: el moralista estudia *todos* los actos, el jurista los que se refieren a las relaciones de justicia y el político los que se ordenan al bien común de la sociedad. Delimitemos seguidamente –en trazos muy breves– cada una de estas ciencias.

La ciencia *moral* –o ciencia del moralista– se llama así por antonomasia; no porque ella estudie la realidad moral en todos los aspectos, sino porque a ella corresponde analizar la conducta humana en su aspecto moral más fundamental: según las exigencias que dimanan de la condición de persona. Esto se suele expresar diciendo que estudia la conducta del hombre *en relación consigo mismo y con Dios*. El estudio propio de la moral puede realizarse con las solas luces de la razón y entonces se llama filosofía moral; o puede hacerse contando con los datos de la Revelación divina, recibiendo en ese caso el nombre de teología moral. Aunque *lo específico* de la moral sea la relación de la conducta humana respecto del hombre mismo y de Dios, a ella corresponde determinar los principios y reglas comunes de los actos humanos, por cuanto los ve en su aspecto moral más fundamental; así, por ejemplo, analizar los elementos de los actos humanos, los grados de responsabilidad, etc., es propio de la moral, que, por eso, recibe ese nombre por antonomasia. La moral, decíamos, no estudia la conducta humana en todas sus

relaciones, sino sólo en la indicada; en este sentido, no estudia la realidad moral en todas sus dimensiones. Pero como toda conducta humana está en relación con el hombre mismo y con Dios, la moral tiene por objeto material todo acto humano, esto es, abarca, desde su perspectiva, toda la materia moral, también el derecho y la actividad política.

La ciencia jurídica, es más limitada en su objeto material; sólo abarca los actos de la virtud de la justicia, pues se ciñe a determinar las obras propias de la justicia. Pero ni siquiera estudia la virtud de la justicia en su integridad; se limita a la obra externa de la justicia. Su perspectiva es el derecho como cosa debida y su finalidad consiste en que cada cual tenga lo que le pertenece, su cosa. Su objeto no consiste en que el hombre se realice como persona siendo justo –eso corresponde a la moral–, sino en que a cada hombre se respete su derecho; es una ciencia *social* o ciencia de unas determinadas y específicas relaciones sociales. Por causa de su perspectiva, la ciencia del derecho no es una parte de la moral y el jurista no es un moralista. Ambos, juristas y moralistas, estudian la justicia, pero sus perspectivas son distintas: al moralista, por ejemplo, le interesa que los préstamos no sean usurarios para que los hombres se comporten como personas y no cometan pecado (ofensa a Dios por quebrantar su ley); al jurista le interesa lo mismo de los préstamos, pero por otro motivo: para que se respeten los derechos de cada uno, para que cada cual reciba lo que le corresponde y haya así un orden social justo.

Moral y ciencia del derecho son ciencias autónomas, esto es, una no es parte de la otra, porque tienen un *objeto formal*, una perspectiva o punto de vista, diferente. Esto no es óbice para que la ciencia del derecho reciba de la moral determinados datos o conocimientos; ya hemos dicho que, por ejemplo, los principios y reglas comunes de los actos humanos corresponden a la moral, de la que los toma la ciencia jurídica; y también si, para resolver en un caso lo que es justo, hay que tener en cuenta las leyes morales (v. gr. eficacia de los contratos con causa inmoral), el jurista recibirá esos datos de los moralistas, etc.

Por su parte, la ciencia política estudia la conducta humana desde la perspectiva del *bien común* de la sociedad; no –como es

propio de la moral– desde el punto de vista del bien total de la persona, sino desde la perspectiva del *orden social* u ordenación de la sociedad hacia un bien común. La política se circunscribe al buen funcionamiento de la sociedad, a las condiciones generales y específicas que son convenientes para el desarrollo y progreso de la comunidad humana. En este sentido, es una ciencia distinta de la moral; no es una parte de la filosofía moral. Pero existe una clara relación entre ética o moral y política, relación que vamos a estudiar brevemente en lo que atañe a las leyes.

La *realidad política* es un aspecto, según hemos visto, de la *realidad moral* humana; el hombre desarrolla su proyección social en cuanto que es persona, poniendo en juego el conocimiento y el amor. Por eso la relación social no es una mera coexistencia de individualidades, ni la política puede entenderse sólo como una técnica delimitadora de esferas de libertad y de aporte de bienes materiales. Ser un *buen ciudadano*, aunque no coincide totalmente con ser un *hombre moralmente bueno* (v. gr., se puede ser un gran benefactor de la sociedad por vanidad personal, con lo que moralmente –desde el punto de vista de la moral– poco valor tiene serlo), es resultado del ejercicio, al menos en cierto grado, de virtudes (el benefactor del ejemplo ejercerá la liberalidad aunque a la vez sea vanidoso). Siendo la vida social una realidad moral, necesariamente la *buena* ciudadanía ha de ser fruto de virtudes, aunque sólo alcance cierto grado. La causa es sencilla y clara: en la esfera moral –la de la libertad– el buen obrar se consigue por hábitos de las potencias humanas específicamente *personales* que se llaman virtudes: prudencia, respecto de la razón práctica, y justicia, fortaleza y templanza, por parte de la voluntad. El hombre no tiene otro modo de obrar en la esfera moral. Por eso, la buena ciudadanía –aunque no abarque todo lo necesario para la *buena hombría*– descansa en el ejercicio, siquiera parcial, de las virtudes. Por eso, también las leyes, aunque contengan aspectos técnicos y organizativos, se dirigen en último término a que el ciudadano ejerza unas virtudes determinadas. Podemos poner el ejemplo del Código de la Circulación; sin duda, las normas de ese código tienen muchos aspectos técnicos, pero en definitiva se dirigen a que el ciudadano sea prudente y justo, esto es a que conduzca de

modo que no ponga en peligro su propia persona ni la de los demás, a la vez que contribuya a que cada uno pueda usar de su derecho a la libre circulación. Las leyes rigen la conducta moral (o sea, la propia de la persona como ser libre y responsable) del ciudadano, aunque se reduzcan a aquello que tiene relación directa e inmediata con el bien común, sin traspasar estos límites.

Esto tiene una serie de consecuencias, que vamos a resumir –para no alargarnos más de lo que conviene– seguidamente:

1º) Como las leyes rigen la conducta moral, aunque sólo sea en el aspecto de su ordenación al bien común, son reglas de moralidad y, en consecuencia, obligan en conciencia. ¿En qué sentido obligan en conciencia? Obligan en conciencia en cuanto son regla o medida, legítimamente establecida, de actos de unas virtudes. Toda virtud obliga en conciencia, también la justicia legal; por lo tanto, en cuanto las leyes regulan el ejercicio de una virtud e imponen deberes de justicia legal, son obligatorias en conciencia.

2º) El arte de la política se ordena, en último término, a hacer buenos ciudadanos, lo cual es inseparable de las virtudes. Consecuentemente las leyes han de ordenarse a promover y facilitar las virtudes morales, lo que implica que las leyes han de fundarse en el orden moral objetivo.

3º) No corresponde a la política ni, por lo tanto, a las leyes toda la moralidad humana, sino solamente la vertiente del *bien común social*. De ahí se desprende que las leyes no pueden exigir más allá de la buena ciudadanía ni penetrar en el arcano de la conciencia. Por eso, ante las leyes el ciudadano tiene la libertad de conciencia, como tiene la libertad de pensamiento y la libertad religiosa.

4º) Las leyes deben acomodarse a la realidad social, sin pretender alcanzar de golpe metas ideales; pero las leyes no se pueden limitar a plasmar por escrito lo que sucede en la realidad (eso no serían leyes, sino constantes sociológicas). Lo dicho significa que las leyes deben tender a *mejorar* y *desarrollar* la buena ciudadanía, lo que comporta que conduzcan a los ciudadanos hacia el ejercicio de las virtudes correspondientes; pero, al propio tiempo, deben partir del estado moral de la sociedad. Las leyes, por lo tanto,

pueden no exigir las virtudes en toda su fuerza e incluso pueden tolerar algunas conductas no buenas.

Al respecto hay que saber distinguir muy bien las leyes tolerantes de las llamadas *leyes permisivas*. La ley tolerante parte de la existencia de un mal que no es posible extirpar sin provocar un mal mayor y se ciñe a regular esa situación contraria al bien común, procurando limitarla en cuanto lo consiente el estado moral y las circunstancias de la sociedad. La tolerancia de las leyes tiene una delimitación clara: las leyes no pueden tolerar aquellas conductas que atentan directamente contra las instituciones sociales básicas o los derechos más fundamentales de las personas: el derecho a la vida y a la integridad física o moral (homicidio, aborto, lesiones, etc.), la libertad (secuestro), el matrimonio, la autoridad social, etc.

La ley permisiva, en cambio, presupone negar la existencia de reglas objetivas de moral y, en consecuencia, *legaliza*, esto es, da estatuto de moralidad social, a las conductas inmorales, con tal de que lo pidan sectores de la sociedad suficientemente numerosos. Esto supone un trastrueque de la función de la ley, que se convierte así en vehículo de la mala ciudadanía y de la inmoralidad. Tales leyes no sólo no obligan en conciencia, sino que obrar según lo que permiten es contrario a la moral.

e) *Ley y comportamiento moral*. Las leyes, al obrar conforme a ellas, crean hábitos y costumbres. Por causa de este efecto, no se circunscriben a hacer buenos ciudadanos desde el punto de vista de la conducta externa; también influyen en la moralidad del hombre, al contribuir a conformar sus virtudes. Como la mayoría de las virtudes no son innatas, sino adquiridas por la repetición de actos, las leyes, compeliendo a obrar según una virtud, acaban consiguiendo que quien las obedece adquiera las virtudes correspondientes. El automovilista que cumple el Código de la Circulación termina por poseer el hábito de conducir prudentemente; todos tenemos experiencia de que a fuerza de cumplir las leyes se llega a hacer por costumbre –por virtud– muchas de las cosas que mandan, sin acordarnos de la ley. He ahí un importante aspecto de las relaciones entre la moral y las leyes. Las leyes no son indi-

ferentes respecto de la formación y del comportamiento morales del hombre; por el contrario, influyen en ellos grandemente, contribuyendo de modo notable a moralizar las costumbres (o a favorecer la inmoralidad en el caso de las leyes permisivas, inmorales o injustas).

Escindir la *legalidad* de la *moralidad* como si fuesen dos mundos separados y sin relación mutua, supone una concepción falseada de las leyes, esa concepción que introdujo Thomasio en la política (en las leyes) –en el derecho, según él– y que siguen cuantos aspiran a esa utopía del Estado moralmente neutro. Las leyes, por su misma naturaleza, no son ni pueden ser neutras en relación a la moral; cuando se intenta construir un Estado neutro o amoral y un sistema de leyes igualmente neutro o amoral, lo que en realidad ocurre es que se introduce un Estado o unas leyes inmorales, pues la amoralidad es una particular forma de inmoralidad. La política y las leyes afectan al orden humano de la libertad y en este orden el hombre se inclina a obrar por virtudes y vicios; no existe alternativa. Pretender una política y unas leyes que no toquen las virtudes o los vicios es caer en el más puro irrealismo.

BIBLIOGRAFÍA

F. D'AGOSTINO, *Frammenti di filosofia del diritto* (Catania 1984); CICERÓN, *Las leyes*, ed. A. d'Ors (Madrid 1953); H. COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, ed. castellana (Barcelona 1976); S. COTTA, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, ed. castellana (Madrid 1987); M. B. CHORÃO, *Introduçao ao Direito*, I, *O Conceito de Direito* (Coimbra 1988); ID., *Temas Fundamentais de Direito* (Coimbra 1986); E. DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, 2ª ed., reimpr. (Madrid 1984); R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, ed. castellana (Barcelona 1984); A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho*, 5ª ed. (Madrid 1986); E. GALÁN, *Ius Naturae* (Madrid 1954); E. GARCÍA MAYNEZ, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed. (México 1977); H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*, 2ª ed. castellana (México 1980); H. HENKEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, ed.

castellana (Madrid 1968); R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría General del Derecho y de la Ciencia Jurídica* (Barcelona 1989); J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, 6ª ed. (Pamplona 1990); ID., *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, 2ª ed. (Pamplona 1991); H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, ed. castellana (México 1979); L. LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, 3ª ed. (Barcelona 1972); O. LIRA, *Ontología de la ley* (Santiago 1986); L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto* (Padova 1981); G. MICHIELS, *Normae generales Iuris Canonici*, 2ª ed., 2 vols. (Tornaci 1949); C. S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, reimpr. (Barcelona 1984); G. PECES-BARBA, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Madrid 1983); R. PRECIADO HERNÁNDEZ, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 8ª ed. (México 1976); M. REALE, *Filosofia do Direito*, 4ª ed. (São Paulo 1965); G. ROBLES, *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos* (Palma de Mallorca 1984); M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Introducción a la Ciencia del Derecho* (Salamanca 1991); A. ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, 2ª ed. castellana (Buenos Aires 1970); DOMINGO DE SOTO, *De la Justicia y del Derecho en diez Libros*, ed. Instituto de Estudios Políticos, I (Madrid 1967); F. SUÁREZ, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, ed. Instituto de Estudios Políticos, I (Madrid 1967); TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, I-II, qq. 90 ss.; A. VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis* (Mechliniae 1930); ID. *De consuetudine* (Mechliniae 1933); H. VON WRIGHT, *Norma y acción*, ed. castellana (Madrid 1970).

LECCIÓN IX

LA PERSONA

SUMARIO: 1. Premisas. 2. La palabra persona en sus orígenes. 3. La persona en sentido primario: el ser que es persona. 4. La persona, ser racional. 5. La incomunicabilidad de la persona. 6. La comunicación personal. 7. La dignidad de la persona. 8. La libertad. 9. El deber-ser. 10. La socialidad de la persona humana. 11. La juridicidad. 12. La persona en sentido jurídico.

1. PREMISAS. *a*) Junto a los conceptos de justicia, derecho y norma, compete a la filosofía del derecho analizar el sujeto de la relación jurídica o de justicia, que es, a la vez, el destinatario de la norma. Se trata, en definitiva, de estudiar al protagonista y –en otro aspecto al antagonista– de las relaciones propias del orden jurídico. Hemos de hablar del hombre, pues sólo del hombre es predicable el derecho y únicamente en el mundo humano se da la realidad jurídica. Pero al hablar del hombre en lo que al orden jurídico se refiere usamos el término persona, como palabra que evoca una dimensión o condición del hombre. Si en lugar de hombre utilizamos el vocablo persona es para dar a entender algo de lo que es el hombre y por lo cual es el centro del orden jurídico.

Ciertamente, en el lenguaje vulgar se usan persona y hombre como sinónimos en sentido estricto, como al decir indistintamente "es una buena persona" o "es un buen hombre", o cuando afirmamos que a determinada reunión asistieron tal número de personas[1]. Pero esa sinonimia rigurosa es un uso secundario de persona, aunque ciertamente muy antiguo. Persona y hombre no son, hablando en propiedad, términos sinónimos por dos razones: porque persona también se aplica a Dios (v. gr. así lo hace la teología católica), de lo cual deriva que tantas veces se diga "persona humana" para referirse al hombre; y, sobre todo –de lo que nace lo anterior–, porque, si bien persona se aplica al hombre ya que tiene la condición de persona, persona de suyo, tiene un doble sentido: o se refiere a un *tipo de ser*, al que pertenece el hombre –pero no sólo el hombre, al menos hipotéticamente– (sentido *filosófico* u *ontológico* de persona), o designa al hombre en cuanto goza de una condición o estatuto en el orden social y jurídico (sentido *jurídico* de persona). Como antes decíamos, persona –salvo en el lenguaje vulgar– no es otro modo de nombrar al hombre, sino un modo de designar al hombre en cuanto tiene un estatuto ontológico o jurídico-social determinados. Llamar al hombre persona es evocar unas precisas connotaciones de su ser o de su estar en la sociedad.

b) Por todo ello, compete a la filosofía del derecho el estudio de la persona. Es cierto que no siempre los filósofos del derecho le prestan la debida atención, de modo que a veces ni lo tienen en cuenta por entender, la mayoría de las veces, que se trata de un estudio propio de la ciencia jurídica y en particular del derecho civil, lo cual significa que olvidan el sentido ontológico y se ciñen al sentido jurídico de persona. Sin embargo, el fenómeno jurídico no es explicable sin la persona, entendida en su sentido ontológico; la juridicidad es una dimensión propia del ser de la persona humana, de la que sólo ella es capaz y sólo de ella es predicable. La persona humana –y sólo ella– posee la estructura ontológica

1. En este sentido de lenguaje ordinario el Diccionario de la Real Academia dice de "*persona*: Individuo de la especie humana".

necesaria para que existan la norma, el derecho y, en consecuencia, las relaciones jurídicas o de justicia. Del ser no personal no puede predicarse la subjetividad jurídica, porque pertenece al mundo ajurídico, al mundo ajeno a la justicia, a la norma y al derecho. En cambio, del ser personal de nuestro universo no se puede dejar de predicar la juridicidad, porque es una dimensión inherente a él: toda persona tiene necesariamente la dimensión de juridicidad. En consecuencia, debemos tratar de la persona y de su posición en el ámbito de lo jurídico.

2. LA PALABRA PERSONA EN SUS ORÍGENES. *a*) Dado que hay una doble acepción –o sentido– de persona (la filosófica y la jurídica) a la que puede añadirse un uso vulgar, parece conveniente exponer en sus grandes líneas –sin entrar en un estudio detallado que no nos corresponde hacer aquí– cómo adquirió la palabra persona esos significados y cuál sea –si la hay– la relación entre ellos. Sobre todo, esta sucinta exposición, puede servir para comprender mejor la interpretación que ha recibido el sentido jurídico de persona y el cambio que su comprensión debe recibir en nuestra época.

b) Los orígenes etimológicos de la palabra latina *persona* no son bien conocidos, lo que explica que existan, al menos, tres teorías al respecto: a) persona tiene origen etrusco, bien en el adjetivo arcaico relativo a la palabra *phersu* (que designa a un personaje enmascarado –que aparece en un antiguo mural del siglo V a. C.– o la máscara que lleva puesta), bien en el nombre de la diosa *Perséfone*, en cuyas fiestas se usaban máscaras. b) También se ha afirmado que persona proviene del griego *prósopon*, que designaba el rostro o faz del hombre y, por extensión, la máscara. c) Por último, persona –según la antigua interpretación de Aulio Gelio[2]– se hace derivar del verbo *personare*, que significa resonar con fuerza y por ello se aplicó a las máscaras que, en las

2. *Noctes Atticae*, V, 7, ed. P. K. Marshall, SCBO (Oxonii 1968). Aulio Gelio se remonta Gauius Bassus.

representaciones teatrales, utilizaban los actores, las cuales, por su concavidad, aumentaban la intensidad de la voz del actor[3].

En cualquier caso, las tres teorías coinciden en señalar como primer significado de la palabra latina *persona* el de máscara, esto es, indica algo exterior al hombre, con el que éste se cubre la cabeza y con ello se presenta ante los demás con una figura o cara exterior, que no es la natural propia. Obsérvese también que la máscara se usa en un contexto social, para presentarse y relacionarse con los demás, representando un tipo que no es el que corresponde al enmascarado –caso del actor– o para ocultar la propia personalidad. Por eso, *persona* tuvo, desde sus orígenes, un sentido social y relacional: el hombre en un contexto social de relación.

c) De esta primera acepción, en la lengua latina –y en la griega, aunque con diferencias– se derivaron con el tiempo dos líneas semánticas: una, que es la principal en el latín clásico y otra más tardía (posterior a la época de Augusto). La primera de estas líneas comprende una serie de significados, que tienen de común designar al hombre, pero no en sí mismo, como realidad natural, sino según una dimensión suya exterior: significó el papel o rol social. De máscara, persona pasó a designar al personaje del drama que representaba cada actor. Más tarde se relacionó también con la importancia, dignidad, el cargo público y el rol o papel social de un hombre: persona era el nombre de la función social que ejercía un hombre o el puesto que ocupaba en la sociedad; así la expresión *persona senatoris* (persona de senador) quería decir *función o papel de senador*.

3. Vide I. M. HOYOS, *El concepto jurídico de persona* (Pamplona 1989), págs. 346 ss. Cfr. M. NÉDONCELLE, *Prosopon et persona dans l'antiquité classique. Essais de bilan linguistique*, en "Revue des Sciences Religieuses", XXII (1948), págs. 277 ss.; F. MAROI, *Elementi religiosi del diritto romano arcaico*, en "Archivio Giuridico", CIX (1933), págs. 83 ss.; A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots* (Paris 1979), voz *persona*; *Oxford Latin Dictionary* (Oxford 1968), voz *persona*; O. NAVARRE, *Dictionnaire des Antiquités grecques et romains*, IV/1 (Paris 1904), págs. 406 ss.; C. BUDA, *Evolución del concepto de persona*, en "Revista de Filosofía", XV (1956), págs. 243 ss.

De entre estos significados el que tiene mayor interés para el derecho es el que se relaciona con la condición o estado de la persona: la persona era el hombre en un estado (para el caso de Roma: *status civitatis*, *status libertatis* y *status familiae*), en cuya virtud se hacía sujeto de derechos y deberes jurídicos, lo cual estaba en conexión con ser *caput* (capacidad jurídica); en tal supuesto, quienes no estaban en un *status* que comprendía una capacidad jurídica –como era el caso de los esclavos, al menos durante algunos siglos– no eran personas.

Persona se usó también para designar al hombre según su figura o sus características externas, en oposición a los valores reales no aparentes; en tal sentido se habló de acepción de personas, indicando con ello que se tenía en cuenta lo exterior del hombre (su riqueza, su modo de presentarse, etc.), en lugar de tener presente su valor real. V. gr., la expresión *persona hominem*[4] (la persona de los hombres) equivalía a la figura o apariencia exteriores de los hombres.

Resulta claro que, en esta línea semántica, que fue la prevalente, persona indica al hombre, no en sí mismo –según su ser natural–, sino según su posición exterior social, según su papel social: "Homo natura vocatur –leemos en un viejo texto–: personam faciunt circunstantiae et accidentia". El hombre se llama así por su naturaleza: la persona (la figura externa o posición social que configuran exteriormente al hombre) la hacen las circunstancias y las cosas accidentales que lo rodean.

d) La segunda línea semántica –muy simple– está representada por el paso de persona a designar al hombre en cuanto tal, al individuo humano. Este uso de la palabra persona como hombre o ser humano parece ser posterior a la época de Augusto (se encuentra, por ejemplo, en Suetonio) y fue poco frecuente. En todo caso, de ahí deriva el sentido vulgar de persona, que ha llegado a nuestros días[5].

4. Mt 22,16, por ejemplo.

5. Para los distintos sentidos de persona, vide: AE. FORCELLINI, *Totius Latinitatis Lexicon*, III (Patavii 1830), voz *persona*; CH. T. LEWIS-CH. SHORT, *A Latin Dictionary* (Oxford 1958), voz *persona*; A. BLAISE,

Una cosa a tener en cuenta es que en ninguna de las dos líneas semánticas –tampoco en la segunda–, el término persona tuvo un sentido filosófico. Este vocablo no lo encontramos utilizado por los filósofos de la Antigüedad pagana –lo que ocurre igualmente con su parejo griego *prósopon*– a modo de término o palabra que exprese una categoría filosófica o sirva –como ocurre actualmente– para designar el ser humano según una dimensión ontológica suya. Hablando en propiedad, la acepción del término persona en cuanto sujeto de derechos y obligaciones tampoco la encontramos utilizada en los juristas romanos como un término jurídico en sentido propio y estricto; los juristas utilizaron preferentemente *caput* y *status*. Incluso el conocido pasaje del Digesto, tomado de Gayo –"omne ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res, vel ad actiones"[6]–, que es uno de los no muy numerosos textos jurídicos en los que aparece la palabra persona[7], no parece ofrecer un concepto jurídico, sino el uso no técnico de persona como el hombre en su estado, según puede observarse en el texto de Hermogeniano que sigue al anterior: "Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de statu personarum... dicemus"[8].

e) El sentido *filosófico* u *ontológico* de persona es una creación del lenguaje teológico cristiano y surgió como consecuencia de las disputas trinitarias y cristológicas de la Antigüedad. Al intentar expresar con términos precisos la tesis del Dios Uno y Trino y el dogma del Verbo Encarnado, se aplicaron por los representantes de la ortodoxia católica las categorías de sustancia, esencia, naturaleza y, como novedad, la de persona. Originalmente los términos utilizados fueron los griegos de *ousia* (substancia, esencia) e *hypóstasis* (subsistencia), pues fueron sobre todo los Padres orientales (San Atanasio, San Cirilo de Alejandría, etc.) y los Concilios celebrados en Oriente (v. gr. Nicea, Efeso, Calcedonia,

Dictionnaire latin-français des auteurs chrétiens, revisado por H. Chirat (Turnhout 1967), voz *persona*.

6. D. 1, 5, 1. Cfr. Inst. (Just.) 1, 2, 12.

7. Vide, p. e., R. AMBROSINO, *Vocabularium Institutionum Iustiniani* (Mediolani 1942), voz *persona*.

8. D. 1, 5. 2.

etc.) los que fijaron el dogma católico trinitario y cristológico. En el caso de la Santísima Trinidad, la fórmula fijada fue la de la consustancialidad –una única e idéntica sustancia– con tres *hypóstasis*. En Cristo se reconoció una sola subsistencia o *hypóstasis* (de ahí la expresión *unión hipostática*), esto es, una sola persona[9] y dos naturalezas (*physis*). Como equivalente latino a la palabra *hypóstasis*, se usó el término persona, como el más adecuado[10]. Con ello –aunque sin pretenderlo– se creaba la acepción filosófica de la palabra persona: una subsistencia o ser subsistente de naturaleza intelectual o espiritual. Esta significación, que originariamente nació, no en razón del hombre, sino en función de Dios (las tres Personas divinas, la Persona –divina– de Cristo), resultaba referible a toda subsistencia de naturaleza intelectual, por lo que la filosofía posterior la aplicó al hombre para explicar determinadas dimensiones de su ser (por ejemplo, su dignidad). Claro está que el sentido filosófico de persona, al igual que ocurre con otros términos filosóficos como el de ser, resulta ser analógico, ya que en Dios las subsistencias personales son relaciones (relaciones subsistentes), mientras que en el hombre lo subsistente como persona es la sustancia.

De todo ello resulta particularmente importante subrayar que el significado filosófico de persona encierra en sí, como dimensión propia de la persona, la socialidad o relacionalidad: la persona no es un ser aislado, sino un ser-en-relación. En las explicaciones trinitarias –que es donde en definitiva se perfiló el uso filosófico de persona– se trataba de expresar subsistencias que se distinguen precisamente por su relación entre sí: el Padre en relación al Hijo (el Padre es Padre y el Hijo es Hijo por la relación de generación), y ambos en relación con el Espíritu Santo (por la relación de procedencia o espiración amorosa). En latín, la palabra que en su

9. Tanto en el Concilio de Efeso (año 431) como en el de Calcedonia (año 451) encontramos la equivalencia entre *prósopon* (persona) e *hypóstasis*. Así Calcedonia usa la expresión "eis en prósopon kaì míam hypóstasis" (en una sola persona e hipóstasis). Cfr. DENZINGER, 116 y 148 (numeración antigua).

10. El primer autor latino que usó "persona" en este sentido parece ser Tertuliano, que precede a las formulaciones de Nicea, Efeso y Calcedonia. Cfr., p. e., *Adversus Praxeam*, 27 (PL, 2, 190).

conjunto significativo podía expresar una subsistencia-en-relación o subsistencia que se modaliza por su papel o función en un conjunto social o relacional era el de persona, fundiendo en una significación, al menos parcialmente, las dos líneas semánticas señaladas. Por una parte, del uso de persona como individuo humano se tomaba la dimensión de subsistencia –el ser real, no sus características externas–; de la otra línea semántica se acogía la dimensión social o relacional que le es connatural.

f) Con ello nos parece suficientemente puesto de relieve, dentro de la brevedad, el origen de las tres acepciones semánticas de persona: vulgar (segunda línea semántica), jurídica (primera línea semántica) y filosófica (lenguaje teológico cristiano). Tanto la primera como la tercera –sin identificarse– tienen de común referir el término persona al ser natural, al individuo o subsistencia real, por lo cual, al sentido filosófico lo denominamos preferentemente sentido ontológico.

3. LA PERSONA EN SENTIDO PRIMARIO: EL SER QUE ES PERSONA. *a*) En nuestro lenguaje actual el término persona se utiliza primariamente en su sentido ontológico; cuando decimos persona nos referimos casi siempre a ese sentido. Incluso en documentos tan relevantes para el derecho como son las declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos o las Constituciones de los Estados, esta palabra se usa en sentido ontológico, por lo que frecuentemente se habla de la "dignidad de la persona" o de la "persona humana", giros que sólo tienen sentido, si persona tiene en tales casos el significado ontológico: el hombre como ser que es persona. El sentido jurídico apenas si se limita a los libros específicamente jurídicos o a las sentencias de jueces y Tribunales y, aun en este caso, a veces interpretando equivocadamente los textos normativos, dando sentido jurídico a lo que lo tiene ontológico (v. gr. en ciertas sentencias sobre el aborto). Por otra parte, el sentido jurídico sólo puede sustentarse en el hecho de que el hombre es un ser que es persona. Por todo ello, podemos afirmar la primacía real del sentido ontológico de persona y comenzar por exponer este sentido de persona.

b) ¿Quién es la persona?, o en otras palabras, ¿qué ser es persona? La definición más antigua –y universalmente aceptada– de persona en sentido ontológico, es la que expuso aquel filósofo al que se considera como el último de la Antigüedad: Boecio. La persona es una *sustancia individual de naturaleza racional*[11].

Fácilmente se advierte que, en esta definición, el constitutivo de la persona reside en la sustancia –en sentido filosófico, como sustrato primario y fundamental del ser, que es el sujeto de los accidentes, de las potencias, de lo histórico del ser o cambio y del movimiento–, una sustancia de unas características determinadas. Por el contrario, diversas corrientes de pensamiento modernas niegan que el constitutivo de la persona sea la sustancia, para ponerla en el "yo" o conciencia refleja que la persona tiene de sí.

Con la inversión dada por Descartes al pensamiento filosófico, se entró en una perspectiva diversa también en lo que se refiere al concepto de persona. Frente a la definición de la persona desde lo objetivo –la sustancia, el acto de ser–, a partir de Descartes, se la intentará definir desde la subjetividad: desde la autoconciencia del propio yo, desde la capacidad de relación con un tú, o desde la apertura a la trascendencia. Es indudable que haber profundizado en la autoconciencia, en la apertura y trascendencia características de la persona, ha aportado un conocimiento más completo de la riqueza del ser personal del hombre. Pero el problema está cuando se olvida a la naturaleza racional como el sustrato en que se fundamenta la persona, enfocando la atención hacia sus actos espirituales como si fuesen el fundamento del propio ser personal. Puede decirse que, con Descartes, comienza a abrirse camino un nuevo concepto de persona: no se la define ya en relación a la autonomía del ser, sino en relación a la autoconciencia. El hombre tiene una garantía de ser él mismo, de existir efectivamente, de no ser un puro sueño sino una auténtica realidad, porque se piensa a sí mismo. *Cogito ergo sum*; pienso, luego existo. El Yo consiste en

11. "Quocirca si persona in solis substantiis est, atque in his rationalibus, substantia omnis natura est, nec in universalibus, sed in individuis constat, reperta personae est igitur definitio: Persona est naturae rationalis individua substantia". *Liber de persona et duabus naturis*, cap. III, en PL, 64, 1343.

la autoconciencia. La singularidad del hombre consiste precisamente en esto[12].

Para Descartes, la persona se identifica con el yo pensante, mejor dicho, con el yo consciente[13]. Dada su antropología, coloca la esencia de la persona en el alma en tanto que ser pensante, inextenso y contradistinto del cuerpo. Descartes aún concibe el alma como algo, como *res cogitans*, en definitiva, como sustancia inextensa. De ahí que, en un primer momento, no sea claramente perceptible el giro impuesto al concepto de persona en un planteamiento que ejerció influencia decisiva en gran parte del pensamiento moderno y contemporáneo.

En la cuestión que nos ocupa, la profundidad de este giro se produjo con mayor nitidez cuando Locke negó la sustancia como realidad metafísica y por tanto carezca de sentido hablar del alma como sustancia. Entonces el yo ya no será concebido más que como mera conciencia de la propia identidad demostrada por la memoria, o como colección de fenómenos internos, o como serie de sensaciones, o como hilo conductor de los acontecimientos, o como resultante siempre variable de los fenómenos vitales.

La racionalidad, y por tanto la autoconciencia, siempre formó parte de la definición de persona. Así aparece nítidamente en la misma definición boeciana. La autoconciencia forma parte de la persona, porque en ella se manifiesta la plenitud del *ser en sí* pero la autoconciencia es *acto*, no sustancia.

De acuerdo con las corrientes subjetivistas, la personalidad sería la conciencia-de-sí, o sea la conciencia de un "yo" psicológico; el constitutivo de la persona sería el "yo". En tal sentido, como el

12. B. MONDIN, *Il concetto di persona nella filosofia contemporanea*, en "Incontri Culturali", VII (1974), 176. Cfr. también ID., *La persona umana e il suo destino in San Tommaso e nel pensiero moderno*, en "Aquinas" (1974), págs. 366-402.

13. Descartes entiende por pensamiento "todo aquello que sucede en nosotros de tal forma que lo percibamos inmediatamente por nosotros mismos. Por esta razón no solamente entender, querer, imaginar, sino también sentir es la misma cosa que pensar". R. DESCARTES, *Les principes de la philosophie*, I, n. 9; cfr. A. BRIDOLI, *Descartes. Oeuvres et Lettres* (Paris 1952), pág. 574. Para un análisis crítico del planteamiento filosófico-cartesiano, cfr., p. e., C. CARDONA, *René Descartes. Discurso del método* (Madrid 1975).

"yo" es, en cuanto conciencia psicológica del propio ser y existir, un acto psicológico –un conocimiento– o si se prefiere, un *flujo*, la persona sería pura historia.

Pero este tipo de teorías resultan inadmisibles. El acto o el flujo no pueden existir por sí mismos. No es posible que exista conciencia –conocimiento–, que es un acto de conocer, sin potencia cognoscitiva intelectual, como es impensable el acto de ver sin ojos. Tan impensable como lo es un flujo sin realidad que fluya. Toda conciencia, como todo acto –pues acto es– depende de una potencia y ésta lo es, por definición, de una sustancia. Y todo flujo presupone la sustancia fluyente. Por otra parte, el "yo" de la persona es justamente la conciencia del ser y del existir, que permanece inalterable en medio de los cambios que sufre la persona a través de su historia. Esta permanencia del "yo" como factor de la conciencia de la persona de su inalterable identidad en medio del cambio, sólo es explicable por la permanencia inalterable de la sustancia.

En resumen, la antedicha definición boeciana de persona sigue siendo válida y es la que a continuación comentamos sucintamente.

c) Lo primero que la descripción de Boecio pone de manifiesto es algo que ya hemos visto con toda claridad al exponer los orígenes de la palabra persona. Lo que designa el término persona es un individuo o ser singular. O dicho de otro modo, es nombre de individuo. Por lo tanto, no expresa un universal, sino un ser concreto existente; en el caso de la persona humana –única que nos interesa aquí–, significa al hombre singular o individual: el individuo humano.

Es, pues, necesario advertir que el término correlativo de persona es *individuo*, si bien con la diferencia de referirse sólo a los individuos de determinado tipo: al ser individual de naturaleza racional. Persona no designa, pues, un universal: no es correlativo de hombre, esencia o naturaleza humana, etc.

Así, por ejemplo, *hombre* es un término que designa un concepto universal –todo hombre, la noción de hombre–, del que es predicable cuanto se contiene en el género o especie humanos. Persona, en cambio, designa al ser humano singular existente y

precisamente en su singularidad existencial: el individuo humano. Cuando se habla del hombre y de él se predican determinadas características, se está hablando de un género y de una especie; cuando el discurso se refiere a la persona, de lo que se está hablando es de los individuos humanos. Son dos perspectivas bien distintas, que han de tenerse muy en cuenta, para que no se produzca un tan insensible como inadecuado tránsito de la persona al hombre, de la persona al género humano.

En especial no debe confundirse la naturaleza humana con la persona humana, ni por tanto, predicar de la naturaleza lo propio de la persona, ni –lo que es error más común– predicar de la persona lo que es propio de la naturaleza. Entiéndase bien esto. La naturaleza no tiene existencia real fuera de la persona y, por otra parte, la persona se caracteriza por la naturaleza racional que posee. Por lo tanto, en el plano *real* –de la realidad existente– lo que se predica de la naturaleza se predica de la persona. Pero en el plano *conceptual* –de las distincionesd científicas– es preciso saber distinguir entre aquello que se predica de la persona en lo que tiene de naturaleza, de lo predicable de la persona en lo que ésta aporta como ser singular; en este sentido, decimos que no debe confundirse lo predicable de la naturaleza con lo predicable de la persona.

¿Qué es lo predicable de la naturaleza humana? De la naturaleza humana se predica –y a ella se atribuye– lo universal y común del hombre, aquello que es propio de la especie humana. Así, por ejemplo, los derechos y deberes que dimanan del ser del hombre no tienen por fundamento o por título los atributos de la persona humana, sino la naturaleza del hombre; por eso reciben el apelativo de derechos naturales (más impropiamente, derechos esenciales, como dicen algunos documentos internacionales[14]). La persona es el *sujeto* de tales derechos –es su titular–, pero no es el título ni el fundamento. En otras palabras, el título y el fundamento de los derechos inherentes de la persona humana es la "condición de

14. Cfr. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948), preamb.; *Pacto de San José de Costa Rica* (1969), preamb.

persona", lo que en la persona hay de naturaleza racional, no de su singularidad incomunicable.

d) De acuerdo con esto, ¿qué es lo que puede –y debe– atribuirse a la persona en cuanto designe un ser singular? Fundamentalmente tres cosas: a) primeramente, las condiciones singulares de existencia, como los accidentes de cantidad, cualidad y tiempo; por lo tanto, es predicable de la persona la dimensión de historicidad que le es propia. Lo histórico del hombre es propio de la persona. También la variedad y las diferencias entre los hombre se predican de las personas por derivar de rasgos singulares. b) En segundo lugar, es atribuible a la persona todo aquello que pertenece al hombre singular en virtud del peculiar modo de individuación del ser humano. O dicho con otras palabras, ser persona –en virtud de su naturaleza racional o espiritual– implica un modo típico de individuación, cuyas consecuencias son atribuibles a la persona; así, la incomunicabilidad y la autonomía. c) Por último, es atributo de la persona la subjetividad, la condición de ser sujeto y sustrato de cuanto implica lo universal –la esencia, la naturaleza–, en cuanto realización existencial singular de lo específico del hombre; de este modo se atribuyen a la persona la dignidad y la igualdad (por ejemplo, no se habla con propiedad si se dice "dignidad de la naturaleza humana" –aunque se trate de un uso tolerable–; lo digno –que es dimensión singular– es la persona, aunque esa dignidad proceda de la naturaleza humana).

e) Cuanto acabamos de exponer nos indica cuál es el sentido en el que debe entenderse la expresión "condición de persona". Es frecuente atribuir características y notas al hombre haciendo referencia a "la condición de persona" del hombre. Así, por ejemplo, se dice que el hombre es racional en virtud de su condición de persona, o que la condición de persona humana implica unos derechos o se habla de la dignidad que dimana de la condición de persona. "Condición de persona" es una forma moderna de expresar lo que al individuo humano corresponde por ser individuo *personal*, esto es, de naturaleza racional; por ello en esa expresión se contiene lo que corresponde a la persona por ser

realización existencial de la naturaleza humana, que es una naturaleza racional. La "condición", en este caso, se refiere a la naturaleza humana, poniendo el acento en el rasgo más peculiar de ésta: su racionalidad. Ni podía ser de otro modo, ya que la expresión analizada es un universal y, por ello, no puede referirse a la persona como tal, que es singular por individual, sino que necesariamente atañe a lo que en ella se *realiza* (se hace real, existente) de lo humano universal: esto es, la naturaleza humana. Lo que la expresión "condición de persona" añade al término naturaleza humana es la expresividad con que se subraya que la naturaleza humana es una naturaleza eminente y superior, dado que la palabra persona sólo se ha aplicado y sólo puede aplicarse a los seres que tienen la especial eminencia ontológica en que consiste ser racional.

f) Por último, debe advertirse que en el ser personal no se puede distinguir entre individuo y persona. No es posible, por ejemplo, afirmar (como lo hiciera Maritain) que el hombre tiene la doble dimensión de individuo y de persona. Tal dualidad es artificiosa e insostenible, porque persona no es otra cosa que el individuo de una especial naturaleza; por lo tanto, el individuo humano es la persona y la persona humana no es otra cosa que el individuo humano: individuo y persona, aplicados al hombre, son rigurosamente sinónimos. Por eso todas las características y notas del ser humano individual se predican unitariamente de la persona humana y del individuo humano (son lo mismo), sin posibilidad de distinguir notas o dimensiones individuales no personales y notas o dimensiones personales. Todo el individuo humano es persona y sólo persona.

Por las mismas razones son rechazables las distinciones entre "vida humana", "ser humano o de la especie humana" y "persona humana". Puesto que la vida no es otra cosa que el ser del viviente, si hay vida humana o ser humano hay individuo humano y, en consecuencia, persona humana. Si no hay persona humana, ni hay ser humano, ni vida humana (repetimos: la vida no es nada distinto del mismo ser del viviente).

4. LA PERSONA, SER RACIONAL. *a*) Por la definición de Boecio hemos visto que la persona es el individuo de naturaleza racional. Lo que distingue a la persona y aquello por lo que se le aplica este nombre es la racionalidad. Sin racionalidad no hay persona. Así, pues, si al hombre lo denominamos persona –en el sentido ontológico o filosófico que estamos exponiendo– es porque de él predicamos la racionalidad. De otro modo, llamar persona al hombre sería una evidente impropiedad o utilizar la palabra en el sentido vulgar, en cuyo caso expresiones como "dignidad de la persona humana" dejarían de tener sentido.

b) En la definición de Boecio naturaleza racional equivale a espiritual, como por lo demás tuvimos ocasión de observar al exponer los orígenes del sentido ontológico de persona. Al decir, pues, que el hombre es persona, estamos afirmando que éste, además de su dimensión material-corpórea, posee una dimensión espiritual, que es lo que le proporciona el conocimiento racional o intelectual.

Pero no puede olvidarse que la persona es una entidad individual: "individua substantia" o sustancia individual. Por lo tanto, en su composición corpóreo-espiritual, el hombre no puede estar compuesto de dos sustancias o supuestos completos, pues su subsistencia o *hypóstasis* es única. Por eso, la idea platónica del alma como auriga del cuerpo no es admisible, pues supondría dos sustancias individuales. Mas como cuerpo y alma tienen una ontología diversa, sólo es explicable la unión de espíritu y cuerpo como dos sustancias incompletas, que forman una sustancia individual compuesta a modo de materia (el cuerpo) y forma (el espíritu o alma). Son dos dimensiones del ser humano *inseparables*, que forman una única *hypóstasis* o subsistencia –sustancia individual, compuesta en este caso– de modo que la separación causa la muerte. Y así el cuerpo no puede vivir sin el espíritu, ni el espíritu actúa si no es a través del cuerpo, como vimos al tratar del conocimiento humano.

c) La persona humana como sustancia individual –aunque compuesta– es enteramente persona en todo su ser, por cuanto

todo él está *informado* (forma sustancial) por la dimensión espiritual, de la que, al recibir la forma, recibe la última y definitiva especificidad. Por lo tanto, todo lo predicable de la persona –dignidad, autonomía, sujeto de derechos, etc.– es predicable de la unidad. No es correcto, pues, distinguir en el hombre lo animal de lo personal. Todo es personal, pues todo está informado –de uno u otro modo– por la dimensión espiritual y el sujeto de todo es la persona.

d) Como la dimensión espiritual es el principio formal de la persona humana, es ella –como hemos dicho– la que da la última y definitiva especificidad al hombre, lo que constituye, en último término, la especie a la que el hombre pertenece: ser racional, lo que significa que lo sitúa en *otro orden del ser* distinto de los seres meramente corpóreos. Un orden del ser más eminente y alto, que es justamente el que se expresa con la palabra persona.

Con la expresión *otro orden del ser* se afirma que el hombre no es un animal de la especie más perfecta, la especie animal superior, como pretende el materialismo. Si así fuese, el hombre no sería persona y aplicarle este nombre representaría un uso abusivo de esa palabra o el uso vulgar, careciendo de sentido predicar determinadas características del hombre, fundándose en su condición de persona, pues persona sería palabra vacía sin otra significación que la de individuo, lo cual no funda ninguna prerrogativa ni derecho. *Otro orden del ser* quiere decir que la persona humana pertenece a una categoría superior de ser, la propia del orden de la racionalidad, que supone una mayor participación en el ser –tiene una mayor intensidad de ser– que hace del hombre, no un animal, sino un ser de orden superior y distinto. Entre el reino animal y el hombre no hay simplemente una gradualidad, una diferencia de grado o perfección dentro del mismo orden, sino una diferencia de orden del ser, que afecta al género. En otras palabras, no hay continuidad de grado de perfección entre el animal y el hombre, sino un salto cualitativo, un abismo. Justamente por eso, el hombre es y se llama con propiedad persona.

e) Siguiendo con las consecuencias de la unión sustancial anímico-corpórea del hombre, en la que cuerpo y espíritu (o alma espiritual) se unen a modo de materia y forma respectivamente, hay que poner de manifiesto que el espíritu, en cuanto forma, es el principio de vida o existencia, el principio de unidad y el principio de orden.

En primer lugar, por su condición de sustancia incompleta, el cuerpo o elemento material del ser humano no tiene en sí un principio de vida propio: no puede vivir, esto es, existir como viviente con independencia del espíritu. Sólo puede existir y vivir la sustancia completa. La persona tiene, pues, un único principio de vida propio y no recibido de otro ser, que es el elemento formal espiritual; sin el espíritu el cuerpo muere o no alcanza a tener vida propia. Ello es obvio, pues una sustancia incompleta no puede tener subsistencia propia y separada. Por eso, allí donde el cuerpo, en cualquiera de sus fases iniciales alcanza a constituirse en individuo con principio de vida independiente del ser engendrador, allí existe necesariamente el espíritu y el nuevo ser es humano y, por tanto, persona. Hablar de una nueva "vida humana" que no sea persona no es posible. Por otra parte, si recordamos que la vida no es más que el mismo ser del viviente, resulta evidente que sólo el subsistente humano completo –materia y forma, cuerpo y espíritu– puede vivir.

f) Al mismo tiempo, el espíritu es el principio de unidad de la persona. Proviene ello de una nota peculiar de la naturaleza racional. Por virtud de la naturaleza espiritual, la persona es un ser que domina su propio ser. Característica de la persona es el dominio sobre su propio ser, un dominio que tiene la doble índole de ontológico y jurídico. Por lo tanto, el conjunto de fuerzas, instintos, inclinaciones, capacidades y potencias del ser humano son dominados –cada uno según su propia naturaleza– por el espíritu humano, lo que les confiere su carácter personal y su unidad.

g) También la dimensión racional es el principio de orden. En virtud de su índole de forma o principio informador, el espíritu

humano en cuanto cognoscente, esto es, la razón, se constituye en el principio rector del obrar humano. La razón es la regla de la conducta de la persona humana, de modo que la rectitud de ésta se mide por ser según razón. De ahí que la regla del obrar correcto sea la *recta ratio*, la recta razón, que marca con sus dictámenes el orden propio del obrar personal. Por eso la racionalidad de toda regla de conducta o de todo obrar del hombre es la medida de su corrección.

5. LA INCOMUNICABILIDAD DE LA PERSONA. Un rasgo de la persona, que tiene su raíz en la naturaleza racional o espiritual que le es propia, consiste en una individuación tan fuerte, que la hace incomunicable, esto es, tan enteramente otra respecto de los demás seres, que no se hace común con ellos, ni puede considerarse sólo como parte de un todo. Es la *incomunicabilidad* de la persona. Expliquemos con alguna detención qué significa la incomunicabilidad.

El término "individuo", en sentido estricto, se aplica con propiedad a los seres materiales. Es la materia la que, en virtud del principio de individuación, se constituye en seres distintos. Así la individuación distingue un perro determinado de otro perro (son individuos distintos de la misma especie) o un anillo de otro anillo. En el ámbito espiritual, el principio en virtud del cual un ser determinado y concreto es distinto de otro ser –lo equivalente a la individuación– es la *incomunicabilidad*, que consiste en un principio de constitución del ser uno y distinto mucho más fuerte que la individuación. Por eso, a los seres de naturaleza espiritual no se les debe llamar individuos, sino personas.

El hombre, en tanto es un compuesto de materia y espíritu, posee el principio de individuación respecto del cuerpo, y la incomunicabilidad respecto del espíritu. Y como, en definitiva, el principio formal –y por tanto lo que primaria y fundamentalmente lo constituye en ser uno y distinto– es el espíritu, prevalece la incomunicabilidad a la individuación. Por ello, el término individuo aplicado al hombre concreto es menos propio y el término persona debe usarse con preferencia, por ser lo verdaderamente adecuado.

Para entender la incomunicabilidad de la persona y sus rasgos hay que partir de la participación en el ser. Todos los seres participan del ser, pero participan en distinto grado, de modo que no todos los entes son igualmente ser. En otras palabras, aunque todo ente es un ser, no todos los entes son ser con la misma intensidad o plenitud. O dicho de otra manera, el concepto *ser* no es unívoco sino análogo, pues no todos los seres son ser del mismo modo. La diferencia con que la palabra ser se predica de los distintos entes reside en que unos seres tienen más intensidad de ser que otros: son más ser. El *quantum* de ser o intensidad de ser no es igual en todos los entes.

Si observamos el mundo de los seres inertes, indudablemente son seres. Pero no es menos indudable que su *quantum* o intensidad de ser es, podemos decir, pobre o débil. Basta ver sus carencias: vida, sensibilidad, etc. Tienen un ser *pobre*. Esto se manifiesta en que la individuación es tan débil, que fácilmente se muda. Así un anillo de metal puede ser fundido y transformado en objetos distintos, permaneciendo el mismo sustrato material. Los seres inertes, de una u otra forma, son transformables, lo que indica una individuación tan débil, que incluso están sometidos a un constante proceso de cambio, tanto naturalmente como por obra del hombre. El ser inerte es sobre todo un ser pasivo, un objeto, incapaz de cualquier dominio y siempre dominado por las leyes naturales a las que está sometido.

Los vegetales tienen un *quantum* de ser más intenso, lo cual se manifiesta en la vida que poseen. Ello da lugar a una individuación más fuerte: un vegetal no es transformable en otro ser u objeto sin perder su principio vital, permaneciendo sólo el mismo sustrato material. Con todo, su *quantum* de ser sigue siendo pobre o débil; así los vegetales carecen de sensibilidad entre otras cosas. Además no tienen un ser-para-sí, sino que son simples partes del universo con un ser que se hace común con otros seres; y así sirven de alimento a los animales y al hombre. Como los seres inertes, están dominados por las leyes naturales que los rigen.

El reino animal, aunque presenta muchos grados, es sin duda un conjunto de seres ontológicamente más perfectos que los anteriores. El animal tiene un *quantum* o intensidad de ser de cierta

envergadura; es más ser que el vegetal. Los animales tienen autonomía de movimiento, espontaneidad de acción y una cierta capacidad de comunicación. Pero en cuanto a su calidad o *quantum* de ser tienen importantes limitaciones. Son enteramente partes del universo, en función del cual viven y actúan y tienen establecido su estatuto ontológico, vital y de actuación (son simples partes del ecosistema). En este sentido, su ser no tiene ni autarquía ni autonomía y se encuentra *comunicado* (en el sentido de hecho común) con el resto del sistema de seres del universo. No poseen su propio ser, sino que éste es poseído o puesto en común, por lo cual unos animales sirven de alimento a otros animales por la ley de la Naturaleza. Son simples piezas de un engranaje –partes del ecosistema–, sin un valor propio individual fuera del orden y de la utilidad del sistema del universo. Al no poseer su propio ser, tampoco lo dominan y están enteramente regidos y dominados por las leyes naturales que le son propias; así podemos decir que el animal se mueve, pero más que moverse es movido por leyes inexorables que lo dominan. El animal está inmerso en el conjunto, y en ser parte de él se agota su ser. Cada animal no es un ser enteramente otro respecto del resto de los seres.

En este orden de cosas el hombre presenta diferencias muy significativas con el resto de los seres, que suponen una intensidad de ser, de tal potencia, que lo sitúa –como ya se ha dicho– en *otro orden del ser*. Es una participación o *quantum* de ser, que no es simplemente una perfección de grado –un animal más perfecto–, sino una eminencia o excelencia peculiar de ontología. El espíritu no es una materia particularmente perfeccionada, sino una sustancia de orden ontológico distinto y más eminente. Tiene un *quantum* de ser mucho más intenso. Quizás lo que más se advierte, dado que el espíritu no está sujeto a las dimensiones de cantidad y espacio, es que cambia sustancialmente la posición del hombre con el mundo circundante.

En efecto, el espíritu participa de tan alto grado del ser –es ser de modo tan perfecto– que la individuación adquiere un preciso grado de plenitud: es simple, sin cantidad –y por lo tanto sin

partes– lo que le hace *incomunicable*, es decir, no se hace común con otros seres, es enteramente otro. Se relaciona con los demás seres por el conocimiento –lo que supone una comunicación mediante el lenguaje– y por el amor, pero sin que el ser se comunique en el sentido de hacerse común. La sustancia espiritual tiene una dimensión de trascendencia: el ser espiritual es un ser enteramente otro, lo que es consecuencia –conviene repetirlo– de su plenitud de ser. Esta dimensión de trascendencia se comunica a la parte corpórea del hombre en virtud de la unidad sustancial cuerpo-espíritu y se refleja en la entera persona. El hacerse común con los demás seres, que hemos visto en los entes materiales, representa una imperfección en el ser –un *quantum* de ser relativamente pobre–, que, aunque lleva consigo una verdadera individualidad –si no no habría entes distintos–, se trata de una individualidad en cierto sentido débil, ya que el ente material es una parte de un todo más amplio, el universo, que lo engloba. Una piedra, un vegetal, un animal son seres individuales, pero sin ser enteramente otros en relación con el universo. La persona es distinta: es un ser enteramente otro, lo que se pone de manifiesto cuando se dice que persona añade algo a individuo; añade la plenitud de ser enteramente ella misma y, por lo tanto, incomunicable; la persona es un ser enteramente otro: a esa dimensión puede llamársele trascendencia ontológica.

Lo cual tiene una consecuencia. El hombre está en el universo y, en un cierto sentido, es parte de él. Pero a la vez lo trasciende; no es una simple pieza del engranaje del universo, no es una mera parte del ecosistema. Es parte del universo en el sentido de que está en él, pero goza de una posición singular; no está al servicio del sistema del universo porque lo trasciende. Está como *dominus* –naturalmente según unos principios racionales–, como enteramente otro, capaz de servirse de los demás seres.

Para terminar, conviene recalcar lo que antes se ha dicho: la persona es enteramente ella misma, que es lo que la hace ser enteramente otra. Ser enteramente ella misma es lo propio de la eminencia o excelencia –perfección– del ser espiritual. La

simplicidad del espíritu, que lo hace incomunicable, supone una plenitud del ser, en cuya virtud la persona (cuerpo y espíritu) posee su propio ser, de tal suerte que es inabsorbible, indominable, inaprehensible por los demás. Por eso, en el caso del hombre, en el cual, por su dimensión corpórea, pueden darse por los demás acciones que a través del cuerpo intenten dominar la persona, tales acciones son violencia o injuria, opresión, esto es, acciones *contra natura*. Estos fenómenos de dominación violenta necesitan la mediación de la dimensión corpórea, porque no pueden darse directamente en el espíritu, ya que el espíritu es de suyo indominable, es siempre libre.

En suma, la persona es dueña de su propio ser en cuanto lo rige y domina y en cuanto es suyo, le pertenece entera e inalienablemente. Y en virtud de esa potencia dominadora es capaz de dominar su entorno.

6. LA COMUNICACIÓN PERSONAL. Junto a la incomunicabilidad ontológica de la que acabamos de hablar, la persona se presenta como un ser-en-relación o ser social. Hay en la persona una entitativa apertura al mundo circundante y, de modo particular, a las demás personas.

En efecto, la incomunicabilidad no significa que la persona no esté abierta hacia los demás. Lo que hace es modalizar esta relación. La persona se relaciona con las otras personas, sin hacerse común en el ser, sin confusión o fusión, sino con una cierta trascendencia, es decir, en la *alteridad*, siendo siempre otro. Es una comunicación en la alteridad, comunicación mucho más elevada y perfecta que la absorción o fusión o ser simplemente pieza de un conjunto. En la persona se da la *societas* –en el sentido amplio de esta palabra latina–, las personas son *socii* en sus más diversas formas. Esa comunicación está fundada en la naturaleza, lo que quiere decir que está basada en la misma ontología de la persona humana.

Y esto por virtud de la perfección o eminencia de la ontología de la persona humana, cuya raíz es la perfección ontológica del

espíritu. Esa perfección ontológica consiste en el conocimiento y en la apertura al otro que se revela en el amor. Podemos hablar de una estructura *dialogal* de la persona. La persona no está encerrada en sí misma: tal encerramiento sería una imperfección. Se abre al mundo y a los demás por el conocimiento, un conocimiento que es contemplación, aprehensión intelectual que penetra en lo conocido. Entre personas, esta relación intelectiva de conocimiento es el principio de la relación personal de compenetración de espíritus, que se abre al amor. El conocimiento de la persona como bien amable, da origen a la complacencia o apertura radical y primaria de la voluntad –sin olvidar que a veces a ello se une el sentimiento– hacia la persona, que es lo que llamamos amor. Más en general podemos hablar de una apertura de la persona al otro como ser personal, esto es, digno, con una bondad ontológica que ha de ser respetada y amada. El respeto se vierte en la justicia por lo que atañe a los derechos, y el amor se expande en la solidaridad o, como decían los antiguos con término que sigue siendo válido, en la benevolencia o tendencia a hacer el bien al amado. Hay, pues, entre personas una comunicación corpóreo-espiritual a través del conocimiento y del amor. Esa comunicación, que respeta la alteridad, lleva a la comunicación de pensamientos y afectos, que en el hombre, por su estructura corpóreo–espiritual, se hace a través de los signos del lenguaje. Se da, por tanto, una apertura de la persona al otro por el conocimiento y el amor, que es comunicación en la alteridad, es decir, sin fusión, sin dominio, sin ser piezas de un engranaje.

Esto supone que ontológicamente la persona no es un ser solipsista, un individuo absoluto, una totalidad ensimismada, sino un ser-en-relación. Si no hubiese esa apertura ontológica, la persona no tendría capacidad de conocer el mundo exterior a ella (el conocimiento intelectual contemplativo es relacional, apertura a lo conocido), ni capacidad de amor. Lo cual supondría una situación de *pobreza* ontológica, incompatible con la excelencia del ser personal. La apertura al otro, la comunicación en la *palabra* (o verbo, sea intelecual sea en signo) y la unión de amor son

expansiones naturales del ser personal, porque el espíritu se caracteriza por su expansividad, fruto de su eminencia ontológica. Por no estar encerrado en las dimensiones de cantidad y espacio, el espíritu tiende a expandirse según su propia naturaleza, esto es, según su simplicidad que lo individualiza fuertemente: esta expansión es el conocimiento y el amor, la relación con los demás.

Puede advertirse que la concepción liberal primitiva del hombre, como individuo absoluto, asocial en estado natural, cae por su base. Basta observar que hablaban de individuo, no de persona. El simple individuo está encerrado en sus propias dimensiones; no cabe socialidad como apertura ontológica. La persona, siendo más que individuo –o dicho de otro modo, siendo un individuo de naturaleza espiritual o racional y por ello con una individualidad fuerte–, es a la vez un ser-en-relación, justamente porque, en virtud de su riqueza ontológica, es capaz de abrirse a los demás, de expandirse, en la alteridad, o sea, permaneciendo ella misma.

Esta estructura de la persona evidencia que la persona humana es social por naturaleza. Desde el momento en que es un ser-en-relación con los demás hombres, la persona humana es, en su unidad corpóreo-espiritual, un ser social por naturaleza. Los hombres están naturalmente unidos en una comunidad o *societas*. Pero, después de lo dicho, resulta claro que esta *societas* se realiza *en la alteridad*, permaneciendo la persona ella misma.

Lo que quiere decir que la persona está en sociedad como persona, no como simple individuo, esto es, no se funde en el todo social como simple parte de él o como simple pieza del engranaje social. La dimensión social es una dimensión de la persona humana, que no la abarca totalmente. La persona permanece como ser autónomo. Esto pone de relieve lo opresor e injusto que es el totalitarismo y lo despersonalizador que resultaba el socialismo primigenio –"todo el hombre es público"– y que resultan todas aquellas teorías políticas que tienden a absorber la vida del hombre en estructuras públicas.

Como la *societas* o comunidad humana no absorbe la persona, pues es solamente la dimensión de comunicación de la persona en

la alteridad, el hombre aparece dotado de autonomía en todo el ámbito que le corresponde en cuanto es ella misma.

7. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA. *a*) De la persona se predica la dignidad –es un ser digno– y así es frecuente hablar de la dignidad de la persona humana, de la cual se suele deducir ciertos derechos y la injusticia de ciertos modos de trato: malos tratos, tratos inhumanos y degradantes, etc. Es, pues, necesario analizar ahora qué significa la dignidad de la persona, sobre todo porque, a la vez que se habla con profusión de la dignidad de la persona, no se suele indicar en qué consiste: parece suponerse que es algo de todos sabido, pero esto –basta leer la literatura al respecto para comprobarlo– dista de ser verdad. Más bien se trata de un término cuya significación precisa es poco conocida.

b) Dentro de la falta de tratamientos específicos sobre la dignidad de la persona, a los que acabamos de aludir[15], y de la vaguedad con que esa expresión suele usarse, pueden detectarse como dos modos de entender tal dignidad: a) Una corriente, de origen más o menos remotamente kantiano, entiende la dignidad del hombre como algo absoluto e inmanente. La dignidad vendría determinada fundamentalmente por la autonomía moral de la conciencia –de la que dimanaría el deber de modo inmanente, sin vinculación a una instancia divina–, lo que supondría el carácter absoluto de la razón y con ella la del individuo humano. Se configura así una libertad desvinculada y con ella el dominio independiente de la persona sobre sí. La dignidad significaría la absoluta e inmanente eminencia del ser humano, con la consiguiente libertad y dominio de sí absolutos, de lo cual derivarían los derechos y las libertades –también absolutos– inherentes a tal dignidad. El término final de esta forma de entender la dignidad es la anomía: el hombre es su propia ley. *b*) Una segunda corriente ha entendido la dignidad como algo relativo, determinado por los fines del hombre. La dignidad tendría su

15. Entre las excepciones vide R. SPAEMANN, *Sobre el concepto de dignidad humana*, en "Persona y Derecho", XIX (1988), págs. 13 ss.

fundamento, más que en el ser de la persona, en sus fines, de modo que el hombre se haría digno por su llamada a los fines y, especialmente, por su cumplimiento, esto es, por la eminencia y grandeza de los fines. De este modo, el hombre se haría digno por la vida virtuosa, aparte de la dignidad radical de todo ser humano por su llamada o vocación a los fines. En este caso, la dignidad sería fuente de deberes (la obligación de tender a los fines) y los derechos se tendrían en función de éstos.

Ninguno de tales modos de entender la dignidad de la persona humana resulta aceptable. El primero extrema el carácter absoluto de la dignidad, apoyándola en la autonomía y la libertad entendidas de modo inmanente y desvinculado, lo cual es inconciliable con que el hombre es un ser creado. Todo cuando es y tiene el hombre es una participación creada del Ser subsistente, por lo que la dignidad humana no es inmanente sino trascendente, participación –imagen y semejanza– de la dignidad propia del Ser subsistente. La dignidad humana no procede de la desvinculación y la independencia, sino de la participación.

Tampoco es aceptable el segundo modo de entender la dignidad de la persona humana, porque hace de la dignidad algo exterior yt relativo, esto es, que no se sitúa en el ser del hombre, sino en el logro más o menos perfecto de sus fines. Se confunde así la dignidad ontológica –que procede de una eminencia del ser– con la dignidad moral[16], que es una excelencia relativa a los demás por la mejor vivencia de las virtudes. Con ello se altera el sentido obvio de la expresión "dignidad de la persona humana", que al hacer referencia a derechos, libertades y modos de trato inherentes a ella, ha de proceder de la naturaleza humana, es decir, de la eminencia ontológica de la persona humana.

c) Para entender la dignidad de la persona humana hemos de responder –por lo motivos aducidos– a la pregunta ¿qué significa dignidad? y, sobre todo, ¿dónde radica la dignidad?

Dignidad tiene una serie de sinónimos de los que pueden mencionarse algunos: excelencia, eminencia, grandeza y superio-

16. Cfr. I. M. HOYOS, ob. cit., págs. 359 ss.

ridad. Por todos ellos puede verse que la dignidad de la persona supone que el ser humano posee una excelencia o eminencia ontológicas –que el hombre tiene un ser excelente y eminente– y una superioridad en el ser. También puede observarse a través de esos sinónimos que la dignidad tiene una cierta dimensión de relatividad (distinta a la antes mencionada); comprende una relación de comparación respecto de otros seres. Cuando decimos de algo que es excelente, eminente o superior –incluso cuando le predicamos la grandeza–, estos apelativos tienen una cierta dimensión de relatividad (de comparación), pues evocan la idea de sobresalir respecto del común de los seres de su clase. En este sentido, sin duda la dignidad se predica de la persona humana con una cierta dimensión relativa –en relación con los demás seres terrestres–, pues quiere decir que el hombre posee una calidad de ser –un tipo de ontología– superior a ellos, esto es, tiene una perfección en el ser, una eminencia o excelencia ontológicas, que lo sitúan –como decíamos anteriormente– en *otro orden del ser*. No es un animal de la especie superior, sino que pertenece a otro orden del ser, distinto y más alto por más eminente o excelente.

Por otro lado, excelencia, eminencia y grandeza no son términos con sentido meramente relativo. Significan también y principalmente algo absoluto (en el sentido de no relativo), porque expresan que aquél o aquello a lo que se aplica tiene un alto grado de bondad intrínseca. Si, por ejemplo, se habla de un filósofo eminente no se quiere decir únicamente que sobresale sobre otros, sino también que posee un alto grado de inteligencia y de saber. Lo mismo ocurre con dignidad, cuando hablamos de la persona. Si decimos que tiene una eminencia o excelencia del ser, queremos expresar algo absoluto: una ontología o participación en el ser muy intensa, de gran perfección y grandeza. Según esto, la dignidad es algo absoluto que pertenece a la esencia[17] y en consecuencia radica en la naturaleza humana; es la perfección o intensidad de ser que corresponde a la naturaleza humana y que se predica de la persona, en cuanto ésta es la realización existencial de la naturaleza humana.

17. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, I, q. 42, art. 4 ad 2.

Al decir que la dignidad humana es algo absoluto se quiere afirmar que no es relativa, esto es, que no existe sólo en relación a los fines, ni tampoco se limita al aspecto de superioridad respecto a los demás seres de nuestro universo. Es una condición propia e inherente del ser humano: la eminencia o excelencia ontológica, que le otorga su dimensión espiritual o racional. Pero absoluto no significa aquí inmanente y desvinculado y, por tanto, ilimitado. El hombre tiene el ser por participación, es una participación creada del Ser Subsistente. Por lo tanto, el hombre es digno absolutamente, pero por participación. Por lo tanto, la dignidad no configura al ser humano como un ser desvinculado, con derechos ilimitados y deberes autónomamente surgidos (ser su propia ley, conciencia autónoma sin reglas objetivas), sino como un ser que, al tener su ser y su dignidad por participación, está naturalmente reglado por normas inherentes a su ser, que son *recibidas*, como recibido es su ser y su dignidad. Al mismo tiempo, los derechos, siendo inherentes a su ser, son derechos limitados y condicionados por su mismo ser, por su naturaleza, que tiene una ordenación a la relación con los demás (dimensión social) y a unos fines naturales.

De modo similar debemos pronunciarnos respecto de la relación entre la dignidad humana y los fines naturales del hombre. Así como hay un modo incorrecto y un modo correcto de entender la dignidad como algo absoluto, así hay un modo correcto y otro incorrecto de situar la dignidad del hombre en los fines. Hay una forma correcta de relacionar la dignidad humana con los fines del hombre; es más, puede decirse que es necesario hacerlo, porque así lo exige la constitución esencial del ser humano, que es una constitución finalista, esto es, conformada esencialmente por el principio de finalidad.

El ser humano –y correlativamente su desarrollo vital, su vida– no es un sinsentido o absurdo, con la nada como meta. En relación con esto, el hombre es un ser digno, está dotado de dignidad, también porque su ser y su vida –por lo tanto el deber-ser que le es inherente– tienen un sentido, una plenitud a la que se dirige u ordena por constitución ontológica, en cuanto es un ser dinámico u operativo. Pero lo que llamamos *sentido* de un ser y de su vida no

es otra cosa que los fines, la finalidad[18]. Lo que ocurre –y en esto reside el fallo de situar la dignidad humana en la vocación a los fines y en la realizadión de estos de modo extrínseco al ser mismo del hombre– es que la finalidad no agota todo el ser del hombre y además es un principio *intrínseco* al ser. En efecto, los fines naturales están presentes en la constitución *intrínseca* del ser humano como *ordenación a los fines*, en forma de *inclinaciones naturales*, entendiendo por tales la conformación o estructura corpóreo-espiritual hacia los fines y la tendencia natural hacia ellos. Por lo tanto, la finalidad del hombre es principio constitutivo de su ser. Está en su esencia como ordenación fundamental, la cual ordenación, en cuanto es dinámica, decimos que radica en la naturaleza, pues la naturaleza no es otra cosa que la misma esencia como principio de operación.

Los fines, al dar sentido al ser humano y ser causa de plenitud existencial, son factores de dignidad del ser humano, pero factores intrínsecos (aunque no totalizantes), por lo que la dignidad, también por razón de los fines, es algo absoluto que pertenece a la esencia, en la que radica el principio de finalidad. Como los fines son principios operativos, los derechos y los deberes inherentes a la dignidad humana se conforman en función de los fines, pero sin agotar la dignidad humana, porque el ser del hombre no tiene valor o razón de bien sólo por la operación –a cuyo orden pertenecen los fines– ni por el servicio que presta, sino que antes es ser: la operación sigue al ser y el principio de operación es constitutivo intrínseco del ser, pero no es todo el ser, ni lo es en su más profunda radicalidad.

Sobre todo es preciso tener en cuenta lo antes insinuado. La persona, por su eminencia de ser, tiene una razón de bien *a se*, no derivada de los fines, ni del servicio, ni de la utilidad; por ello –con fundamento en la incomunicabilidad– la persona no admite ser considerada como medio o instrumento: es un bien *a se*, de modo que la finalidad y el servicio son resultado del hecho de que el bien –y la persona lo es– es difusivo. La finalidad y el servicio son

18. Cfr. J. HERVADA, *Cuatro lecciones de derecho natural*, cit., págs. 24 s.

expansiones de la persona, no aquello que da la razón total de bien a la persona, aunque sí de modo tan intrínseco como en cierta medida parcial.

Así, pues, los fines son factores de dignidad del ser humano, pero no agotan su dignidad, que tiene un fundamento más profundo: la eminencia constitutiva de su ser, de la que los fines son sólo la dimensión tendencialmente operativa.

Digamos, finalmente, que de la relación de los fines con la dignidad humana se deduce que de ella dimanan, como expresión suya, tanto derechos como deberes; hay, pues, derechos y *deberes* inherentes a la dignidad del hombre. Todos ellos –derechos y deberes– son reflejos y expresión de la dignidad humana.

d) ¿Qué significa, pues, la dignidad de la persona humana? En síntesis, podemos decir que la dignidad humana consiste en la eminencia o excelencia del ser humano, mediante una intensa participación en el más alto grado de ser, que lo constituye como un ser dotado de debitud y exigibilidad en relación a sí mismo y en relación a los demás hombres. En otras palabras, se trata de un ente cuyo orden del ser comprende el orden del deber-ser.

Según lo que hemos visto, la dignidad radica en la naturaleza racional o espiritual del hombre, que es lo que le proporciona la intensidad y perfección del ser más altas que el resto de los seres terrestres y marca la diferencia esencial con los seres del mundo animal. Así, pues la dignidad de la persona humana significa que es un ser con una dimensión espiritual. De modo particular, la mayor perfección del hombre se manifiesta en dos cosas, propias de la dimensión espiritual. Por un lado, el conocimiento intelectual, tanto si es por connaturalidad (por inmediatez) o intuitivo (instantáneo), como si es racional (mediato por razonamiento o argumentativo). Por otro lado, el amor total o apertura de la voluntad hacia el bien absoluto. Todo ello unido a la dimensión de debitud y exigibilidad.

e) Junto a la idea de eminencia o excelencia, la dignidad comporta la de mérito o merecimiento y de comportamiento adecuado. Cuando de alguien decimos que es digno, de modo

implícito estamos diciendo que merece un trato adecuado –v. gr. respeto y honor– y que hay comportamientos adecuados e inadecuados a él. Y así "trato indigno" o "comportamiento indigno" son expresiones que hacen referencia a la adecuación o inadecuación a lo que merece el ser respecto del cual usamos tales dicciones.

De acuerdo con esto, se habla de dignidad de la persona humana, porque con ello se expresa una idea común: la persona humana merece un trato adecuado a su estatuto ontológico y hay comportamientos conformes (dignos) y disconformes (indignos) con ese estatuto ontológico. Esto no puede significar otra cosa, sino que la naturaleza humana se constituye en *regla* de comportamiento –propio y ajeno– y en *título* de lo debido al hombre (derechos y deberes inherentes a la dignidad de la persona humana). Lo conforme con la naturaleza es digno; lo disconforme es indigno. Lo cual nos indica que la persona contiene en sí una regla objetiva de los actos propios (ética o moral) y de los actos ajenos respecto de ella (derecho natural o no positivo). De este modo, la dignidad de la persona humana se constituye en regla de comportamiento, regla o norma que tiene su fundamento y origen en la naturaleza humana y por ello es objetiva.

f) Todo lo dicho nos pone de manifiesto que la dignidad de la persona humana no es lenguaje vacío, ni un valor o estimación relativa, sino una dimensión objetiva propia del estatuto ontológico del hombre.

8. LA LIBERTAD. *a*) La incomunicabilidad de la persona, de la que antes hemos hablado, es fruto, decíamos, de la intensidad y perfección del ser personal. Por esa intensidad de ser la persona es dueña de sí, domina su propio ser, en virtud de lo cual es capaz de dominar los seres de su entorno. Al ser incomunicable, enteramente otro, el ser personal está dotado de libertad en la medida de su incomunicabilidad o trascendencia ontológica. Estar dotado de libertad quiere decir que los actos propios no son *dados*, esto es, producto de fuerzas o impulsos exteriores o inherentes al propio ser que lo dominan, sino que son producto de una *decisión*,

es decir, que son *originales* de la persona, fruto del dominio que la persona tiene sobre su propio ser. La decisión es original de la persona, porque dimana de ella misma, es enteramente suya, en la medida en que, por ser la persona enteramente otra –trascendencia ontológica–, no está inexorablemente dominada en sus actos por otro ente, ni es movida ineludiblemente por fuerzas o impulsos inherentes a su ser que a ella se imponen en cuanto partes del conjunto armónico de fuerzas que rigen el cosmos.

b) Ante todo es necesario precisar en qué consiste la libertad de la que estamos hablando, que es la que podemos llamar *libertad fundamental o radical*, de la cual se derivan una serie de manifestaciones y consecuencias. Esta radical libertad fundamental es propia de la intensidad de ser, que otorga a la persona un ser completo en sí –al menos en la esfera más íntima y radical–, lo que quiere decir que posee las mayores capacidades o potencias de ser, aunque no necesariamente en su grado máximo. En virtud de ello el ser personal domina su propio ser y tiene una esfera de ausencia de dominio ontológico –en el orden del ser mismo– sobre él respecto de otro ser, que produzca en él inexorablemente los movimientos y las decisiones. Al caso no importa que esa esfera de ausencia de dominio ontológico en que consiste la libertad sea inherente a un ser recibido por participación (creación), como ocurre con el hombre, o se tenga por sí mismo, como sucede con el Ser Subsistente. Lo decisivo es que, aunque sea recibida (como es lo propio del hombre) y esté sustentada por el Ser Subsistente, esa esfera de autodominio existe real y verdaderamente como una dimensión esencial del ser de la persona, y es uno de sus constitutivos esenciales como persona. La principal diferencia entre poseer el ser libre por participación o tenerlo por esencia (el Ser Subsistente), es que en el primer supuesto la libertad es dada (creada), limitada y finita (pues el ser es limitado y finito) y en el segundo caso es *a se*, ilimitada e infinita (ya que el Ser es infinito e ilimitado).

c) La libertad fundamental comporta que la acción y la decisión de la persona no son producidas o dadas por otro ser, sino que son

originales de la persona; la misma persona las realiza o las toma desvinculadamente, según una potencia de autodecisión y autogobierno inherente a su ser. En esa *originalidad* reside la libertad fundamental o radical. Dicho en otras palabras, la persona humana, como ser creado que posee el ser por participación, tiene como *recibida* por creación y participación la potencia para actuar y decidir –la libertad o más exactamente la voluntad libre– pero a partir de ese ser recibido con su potencia libre, el acto o decisión libres no le son dados ni producidos en él, sino que ella los pone y produce *originalmente*, en virtud de la potencia o capacidad inherente a su ser, completo en esa esfera íntima y dotado de incomunicabilidad o trascendencia ontológica.

La libertad fundamental tiene dos aspectos: la libertad de decidirse a hacer o no hacer (*libertad de ejercicio*) y la libertad de elegir hacer una cosa u otra (*libertad de especificación*).

Junto a la libertad fundamental, la persona tiene otras dimensiones que, por analogía y semejanza, también reciben el nombre de libertad. A continuación trataremos de dos: la libertad de autonomía o inmunidad y la libertad de iniciativa o libertad de acción.

d) Por una parte, la incomunicabilidad de la persona, que comporta su libertad, en cuanto ausencia de dominio ontológico necesario e inexorable de otro ser sobre ella; y, por otra parte, la racionalidad como forma del ser personal –y consecuentemente como norma de conducta–, configuran a la persona como un ser esencialmente dotado de *libertad de autonomía* o inmunidad de coacción. La persona no puede ser sometida a fuerzas coactivas, esto es, que sustituyan su libre actuar por presiones externas que, o bien modifiquen o coarten su acción, o bien la muevan extrínsecamente. Por el contrario, la persona es *autónoma*, se rige por su razón y voluntad. Por eso, la persona puede estar sometida a una autoridad racionalmente ejercida, en el sentido de que la vincula; pero entonces la persona *obedece*, esto es, sigue el mandato asumiéndolo en su propia autonomía, por medio del cumplimiento racional y voluntario. Por eso la coacción –lo decíamos al tratar del derecho– no forma parte de suyo del sistema

de relaciones sociales y jurídicas interhumanas o interpersonales; es siempre un subproducto del derecho, que supone un *decaimiento* de la persona, que se comporta infrahumanamente y se coloca en una situación de infrahumanidad (fuera del sistema racional de relaciones humanas). Y si esa circunstancia no se da, cualquier tipo de coacción es ilegítima e injusta.

La persona tiene, pues, naturalmente y como constitutivo esencial suyo la autonomía, la autodeterminación y autogobierno, lo cual se desarrolla en dos ámbitos: a) un ámbito de libertad de autonomía inherente a la persona, en cuya esfera no entran ni pueden entrar los demás, tampoco los constituidos en autoridad; b) un ámbito de obediencia, que vincula *racionalmente*, en virtud de su racionalidad, en el que la persona asume el mandato y lo cumple por decisión libre, ejerciendo su autonomía (sin coacción, por lo tanto).

e) Otra dimensión de libertad analógica inherente a la persona es la *libertad de iniciativa* o libertad de acción. Esta libertad de iniciativa no debe confundirse con la libertad de autonomía, porque ambas se desarrollan en campos distintos y, aunque su fundamento último –la incomunicabilidad y la libertad fundamental– sea el mismo en ambas, su fundamento próximo también es diverso.

La que hemos llamado libertad de autonomía se mueve fundamentalmente en el ámbito interno de la persona; es, ante todo, el modo propio de la persona de actuar y conducirse. Claro está que, desde el momento en que comporta una inmunidad de coacción, posee un reflejo social externo, que da lugar a una serie de derechos humanos en forma de libertades fundamentales (particularmente las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión); pero la inmunidad de coacción no es lo que la constituye esencialmente, sino su reflejo jurídico.

En cambio, la libertad de iniciativa se refiere al modo de estar la persona en sociedad. Hemos dicho antes que, para entender en su justa medida el ser personal es preciso saber conjugar dos dimensiones suyas, igualmente esenciales e inherentes a ella: a) la persona es un ser incomunicable, no se hace común con los demás seres; y b) la persona es un ser-en-relación con los demás entes,

especial y máximamente con los otros seres personales, con los que se comunica por el conocimiento, el lenguaje y el amor, según su condición de ser libre y autónomo. Respecto del mundo humano, el hombre, como ser personal, no es que sea *sociable* –no es que tenga *capacidad* de formar sociedad–, es que por su propio constitutivo natural *es socio* de los demás, está-en-relación, forma sociedad –la comunidad humana–, que es capaz de adoptar múltiples formas, unas necesarias y otras voluntarias. Pues bien, en virtud de su incomunicabilidad la persona no es nunca absorbida –no es absorbible, de modo que todo intento de absorción es antinatural (y en esta medida imposible), sólo periféricamente e imperfectamente realizable por una injusta coacción– por el todo social, que siempre es –y sólo lo admite así la persona– medial, es decir ordenado a las personas que constituyen la sociedad: es el principio de primacía de la persona.

Por tratarse de personas, comunicadas (en relación) pero incomunicables (no hechas un ser común), la vida social se rige por el principio de iniciativa personal. La persona en sociedad, si bien está subordinada al desarrollo de la comunidad (subordinación al bien común), goza de *libertad de iniciativa*; esto es, el desarrollo ordenado de la sociedad, dentro de las normas que lo rigen, es resultado del desarrollo de la iniciativa de las personas que la componen. En otras palabras, la persona es socio, pero no absorbido, y por lo tanto su estatuto ontológico es el de la libertad de iniciativa en la búsqueda del bien común o conjunto de fines sociales (dentro de las reglas comunes de la sociedad).

Se trata, ciertamente, de una libertad de iniciativa en el contexto de la búsqueda del bien social y, por lo tanto, es una libertad que entraña una responsabilidad: la responsabilidad social de la persona, que consiste en la búsqueda leal del bien común. En otras palabras, consiste en una libertad de iniciativa para tender a lograr el bien común de la sociedad. Es la *libertad en la solidaridad* (no existe la libertad insolidaria o egoísta).

9. EL DEBER-SER. *a*) Por ser digna y por ser libre –con libertad fundamental–, la persona humana está en un orden del ser, que comporta el orden del deber-ser.

¿Qué es un deber-ser? Por tal entendemos todo aquel bien o toda aquella conducta, que en relación con el ser de la persona humana tiene la nota de deuda o debida (podemos indicarlo con más precisión con un neologismo: *debitud*; con menor precisión: exigibilidad). La *debitud* indica la condición de debido, de algo que debe ser, pero que, por la libertad del hombre, puede no ser.

b) El deber-ser tiene su raíz en la dignidad de la persona humana. Ya hemos visto que uno de los rasgos de la dignidad es la de constituir a la persona en un ser exigente; con más precisión, la persona, en virtud de su dignidad, se constituye en un ser normativo, dotado de debitud: hay cosas que le son debidas (*trato digno*) y cosas que le resultan injuriosas (*trato indigno*). Lo debido es el deber-ser. La debitud de la persona humana, por residir en la dignidad –que es eminencia del ser– es objetiva, radica en el ser mismo de la persona. Por eso tiene una doble faceta: a) la debitud de la realización personal del hombre y su comportamiento respecto de sí mismo (orden ético o moral); y b) la debitud del trato de los demás respecto de la persona humana (orden jurídico).

c) Puede observarse que el deber-ser comporta *obligación*, *vinculación*, *deber*, pero es esencialmente un *bien debido*. En esta razón de bien *digno*, debido a la dignidad humana, radica su índole propia de deber-ser. El deber-ser comporta, pues, una debitud del ser personal; es una forma de manifestación de la eminencia del ser, una característica de la intensidad del ser; la persona es tan intensamente ser que hay dimensiones de su ser y de su desarrollo (realización personal), que *deben ser*. Si no *son*, sino que *deben ser*, ocurre así por tratarse de un ser libre (con libertad fundamental), con un orden del ser –justamente el orden del deber-ser– cuya realización depende de su decisión, una decisión vinculada por la debitud del ser, pero que puede no ser, en cuyo caso el ser personal recibe daño e injuria.

d) Fácilmente se deduce de lo dicho que el deber-ser no es una *formalidad*. Ni es una forma pura, ni es mandato extrínseco, ni un mero tipo de lenguaje. El deber-ser no es el juicio imperativo (el

cual no pasa de ser expresión del deber-ser); es, más bien, una modalidad del ser de la persona humana, que podríamos llamar el ser-debido. El deber-ser es un bien, que se presenta de distintos modos (como conducta, como potencia ontológica activa, como cosa, etc.) y vinculado de diversas maneras con el ser de la persona humana, a cuyo orden pertenece la relación con el bien, en la que se funda la debitud. No se da, de ningún modo, un abismo entre el orden del ser y el orden del deber-ser, pues éste no es una formalidad de razón ni de lenguaje, sino que pertenece al orden del ser personal como bien debido.

e) No hay, pues, que confundir el deber-ser con su captación y expresión intelectual como *juicio de deber-ser* ("esto debe ser", "esto no debe ser"), que es una operación de la razón, que conoce e impera. Este imperio de la razón no es un producto original de la potencia racional, sino aprehensión y manifestación del deber-ser que está en el orden del ser. En el juicio de deber-ser, el imperio de la razón asume aquello que está imperado por la dignidad de la persona.

f) No significa lo dicho que todo deber-ser tenga una relación inmediata con el ser de la persona humana. Las normas jurídicas, los derechos, los deberes, etc., son formas distintas de deber-ser y es obvio que no todas tienen una relación inmediata con el ser de la persona (lo cual es obvio en el derecho positivo, que por responder a una opción del legislador o de los sujetos de la relación jurídica es, en principio, indiferente respecto de la dignidad de la persona humana). Sin embargo, inmediata o mediatamente, todo verdadero deber-ser está en relación con el ser de la persona, esto es, se asienta en la debitud de la persona humana (y necesariamente en ella). Por ello todo deber-ser existe sólo en la medida en que es expresión (más o menos inmediata, pero siempre radicalmente) del ser de la persona y, en consecuencia, está en el orden de su dignidad. Lo cual es otra forma de ver y entender la racionalidad de la norma, como requisito esencial suyo. No existe, por definición, un deber-ser indigno de la persona: es irracional.

¿Qué es un deber-ser? Por tal entendemos todo aquel bien o toda aquella conducta, que en relación con el ser de la persona humana tiene la nota de deuda o debida (podemos indicarlo con más precisión con un neologismo: *debitud*; con menor precisión: exigibilidad). La *debitud* indica la condición de debido, de algo que debe ser, pero que, por la libertad del hombre, puede no ser.

b) El deber-ser tiene su raíz en la dignidad de la persona humana. Ya hemos visto que uno de los rasgos de la dignidad es la de constituir a la persona en un ser exigente; con más precisión, la persona, en virtud de su dignidad, se constituye en un ser normativo, dotado de debitud: hay cosas que le son debidas (*trato digno*) y cosas que le resultan injuriosas (*trato indigno*). Lo debido es el deber-ser. La debitud de la persona humana, por residir en la dignidad –que es eminencia del ser– es objetiva, radica en el ser mismo de la persona. Por eso tiene una doble faceta: a) la debitud de la realización personal del hombre y su comportamiento respecto de sí mismo (orden ético o moral); y b) la debitud del trato de los demás respecto de la persona humana (orden jurídico).

c) Puede observarse que el deber-ser comporta *obligación*, *vinculación*, *deber*, pero es esencialmente un *bien debido*. En esta razón de bien *digno*, debido a la dignidad humana, radica su índole propia de deber-ser. El deber-ser comporta, pues, una debitud del ser personal; es una forma de manifestación de la eminencia del ser, una característica de la intensidad del ser; la persona es tan intensamente ser que hay dimensiones de su ser y de su desarrollo (realización personal), que *deben ser*. Si no *son*, sino que *deben ser*, ocurre así por tratarse de un ser libre (con libertad fundamental), con un orden del ser –justamente el orden del deber-ser– cuya realización depende de su decisión, una decisión vinculada por la debitud del ser, pero que puede no ser, en cuyo caso el ser personal recibe daño e injuria.

d) Fácilmente se deduce de lo dicho que el deber-ser no es una *formalidad*. Ni es una forma pura, ni es mandato extrínseco, ni un mero tipo de lenguaje. El deber-ser no es el juicio imperativo (el

cual no pasa de ser expresión del deber-ser); es, más bien, una modalidad del ser de la persona humana, que podríamos llamar el ser-debido. El deber-ser es un bien, que se presenta de distintos modos (como conducta, como potencia ontológica activa, como cosa, etc.) y vinculado de diversas maneras con el ser de la persona humana, a cuyo orden pertenece la relación con el bien, en la que se funda la debitud. No se da, de ningún modo, un abismo entre el orden del ser y el orden del deber-ser, pues éste no es una formalidad de razón ni de lenguaje, sino que pertenece al orden del ser personal como bien debido.

e) No hay, pues, que confundir el deber-ser con su captación y expresión intelectual como *juicio de deber-ser* ("esto debe ser", "esto no debe ser"), que es una operación de la razón, que conoce e impera. Este imperio de la razón no es un producto original de la potencia racional, sino aprehensión y manifestación del deber-ser que está en el orden del ser. En el juicio de deber-ser, el imperio de la razón asume aquello que está imperado por la dignidad de la persona.

f) No significa lo dicho que todo deber-ser tenga una relación inmediata con el ser de la persona humana. Las normas jurídicas, los derechos, los deberes, etc., son formas distintas de deber-ser y es obvio que no todas tienen una relación inmediata con el ser de la persona (lo cual es obvio en el derecho positivo, que por responder a una opción del legislador o de los sujetos de la relación jurídica es, en principio, indiferente respecto de la dignidad de la persona humana). Sin embargo, inmediata o mediatamente, todo verdadero deber-ser está en relación con el ser de la persona, esto es, se asienta en la debitud de la persona humana (y necesariamente en ella). Por ello todo deber-ser existe sólo en la medida en que es expresión (más o menos inmediata, pero siempre radicalmente) del ser de la persona y, en consecuencia, está en el orden de su dignidad. Lo cual es otra forma de ver y entender la racionalidad de la norma, como requisito esencial suyo. No existe, por definición, un deber-ser indigno de la persona: es irracional.

g) Hemos visto que la dignidad no es otra cosa que la excelencia del ser, un alto grado de ser. Pues bien, ¿en qué consiste este alto grado de ser de la persona humana, que genera la debitud, el deber-ser?

Puede decirse que se trata de un grado de ser similar, aunque inferior, al ser en acto puro, lo cual refleja una plenitud de ser *semejante* al ser en acto puro. El ser en acto puro es el ser en su totalidad y plenitud, totalmente realizado en presente. El ser en acto puro *es* y no puede no ser. En él, el ser se realiza en toda su belleza, bondad, potencia, indestructibilidad, etc. El ser en acto puro, el más eminente y excelente, realiza la condición de ser persona en su más plena y total posibilidad. Pues bien, la persona humana, justamente por ser persona, posee un ser inferior *pero semejante* al ser en acto puro: es el ser *debido* o, en otras palabras, *exigitivo*. Todo lo que es intrínseco a su ser –fundamentalmente dos cosas: su ser en acto y su ser en potencia, esto es, lo que es en cada momento histórico y los fines que le son naturales– no es acto puro, pero es *debido*, *exigitivo*. Se trata de ser en grado tan alto y eminente que *postula*, *debe* ser según su condición histórica y según sus fines. Ello proviene de su mismo *quantum* de ser, de su perfección o eminencia de ser, de modo que la acción contraria o degrada la persona o la hiere; es contra su propia ontología, la cual queda contrahecha o lesionada. En otras palabra, el ser de la persona implica inherentemente, intrínsecamente, el deber-ser. Se observa que aquí se entrecruzan dos cosas: la ética y el derecho. Hay un deber-ser moral, que se plasma en que el hombre debe vivir según su condición de persona. Y hay un deber-ser jurídico de los demás respecto de la persona. Esto lleva a repensar conceptos fundamentales de la ética y del derecho, que no corresponde hacer aquí.

10. LA SOCIALIDAD DE LA PERSONA HUMANA. *a*) Por cuanto el carácter relacional (ser-en-relación) es dimensión inherente y constitutiva de la persona, ésta posee –también de modo inherente y constitutivo– la de socio de las demás (unión en relación de conocimiento, amor y tarea común o vínculo en orden a los fines naturales); aparece aquí una dimensión suya, que se llama

socialidad. Por tal entendemos un modo típico de relacionarse los hombres, que se manifiesta en la sustitución del instinto y las fuerzas naturales gregarias (inexorables) propias de los animales, por una apertura de la ontología de la persona o *inclinatio naturalis* (corpóreo-espiritual) que se traduce en una comunicación por el conocimiento y el amor, fundada en una relación de solidaridad, que es un deber-ser.

b) Ser-en-relación es inherente a la persona, que en ningún momento admite la consideración de ente aislado, lo que revela una vinculación de las personas en el propio ser, que, por causa de la libertad y de la racionalidad, se realiza por medio del conocimiento intelectual y del amor, esto es, por relaciones *libres* (no inexorables), lo que quiere decir, mediante la asunción libre de la solidaridad (deber-ser). Así, pues, todos los hombres están unidos por su ser.

Que una de las perfecciones de la persona humana –constitutiva de su dignidad– es ser-en-relación produce, pues, una vinculación o *unión en la naturaleza*[19] (unidad del género humano, la comunidad humana) de una índole peculiar. La peculiaridad reside en que no es una unión o vinculación ontológica –física– (la persona es incomunicable), sino comunicación de orden intelectual, que en lo que tiene de vinculación, posee la índole de debitud, de deber-ser.

¿De dónde nace la debitud? Nace de que el ser-en-relación propio de la persona humana es una perfección constitutiva de su dignidad y la dignidad –lo hemos dicho– es exigente: la persona debe-ser lo que por su dignidad le corresponde. Y como la socialidad es fruto de la eminencia del ser personal o dignidad, la socialidad implica el deber-ser de su realización, que es la solidaridad o acción común y solidaria.

19. Unión, no unidad. Sólo en el matrimonio la unión en la naturaleza se hace unidad: unidad (jurídica, no ontológica) en la naturaleza. Vide, sobre este punto, J. HERVADA, *Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho natural*, *La identidad del matrimonio* y *Consideraciones sobre la noción de matrimonio*, en "Escritos de Derecho Natural" (Pamplona 1986), págs. 13 ss, 359 ss. y 491 ss.

c) La socialidad humana tiene fundamentalmente dos manifestaciones: a) las diversas formas de amistad, compañerismo, solidaridad, etc., esto es, la socialidad por el conocimiento y el amor; y *b*) una tarea común, con división de funciones y mutua ayuda, en cuya virtud se obtienen en comunidad de obras los fines propios de la persona humana.

11. LA JURIDICIDAD. Otro rasgo típico de la persona humana –y sólo de ella– por razón de su ser personal es la *juridicidad* o capacidad y potencia de dar lugar a la realidad que llamamos jurídica. El fenómeno jurídico en todo su conjunto y en cada uno de sus factores –relaciones jurídicas, normas, derechos, deberes, pactos o compromisos vinculantes, poder de mando, etc.– existe en virtud del constitutivo ontológico de la persona y sólo por él es capaz de existir. Fuera del mundo de la persona humana, no existe –y lo que es más decisivo, es imposible que exista– la realidad jurídica. Hablar, por ejemplo, de derecho de los animales, es algo que carece de sentido.

Puede decirse –en general y sin entrar en más precisiones– que la realidad jurídica pertenece a aquel orden del ser personal, que hemos llamado orden del deber-ser. En virtud de su constitutivo –según lo que corresponde a su modo de ser– la realidad jurídica es una manera propia y específica de *relación* y *comunicación*, que no es de naturaleza física, sino que se apoya necesariamente en el conocimiento intelectual, en la voluntad –potencia intelectual o espiritual de querer– y en la libertad fundamental.

Las relaciones jurídicas, por ejemplo, siendo verdaderas relaciones, con un fundamento real (que es la socialidad en el plano más básico, y la cosa que es derecho de modo más inmediato), son relaciones que se generan y desarrollan en el campo de la comunicación interpersonal de naturaleza intelectual y libre (por eso cabe el incumplimiento, la injusticia, etc.).

También el sistema de vinculaciones pertenece al deber-ser y a la comunicación de naturaleza intelectual. Por el compromiso –o *engagement*– la persona, previendo el futuro (conocimiento intelectual) y queriendo determinarlo en un sentido concreto (voluntad libre), hace un acto de dominio sobre su propio ser y

actuar, vinculando su futuro. A la vez, este acto entra en las relaciones interpersonales por la comunicación de índole intelectual entre personas.

En cuanto a las normas, basta recordar cuanto se ha dicho sobre su naturaleza, su índole de imperio racional, etc., para advertir que sólo son posibles en el campo de la persona, dotada de razón y voluntad libre. La norma, aunque imperativa, no se impone de suyo inexorablemente –no es una ley física, biológica, etc.–, sino que se propone como imperio a la obediencia de su destinatario, esto es, como decíamos, a su libertad de autonomía.

Así podríamos seguir con todos los factores jurídicos. La realidad jurídica se desenvuelve en el campo de las relaciones interpersonales, esto es, entre seres dotados de comunicación intelectiva, porque presuponen un ser con una dimensión ontológica primordial (su constitutivo formal) de índole intelectual, que es lo mismo que decir espiritual, poseedora por ello de libertad fundamental.

Sólo la persona –en ningún caso los seres no personales– son capaces de juridicidad. Sólo entre ellas cabe la realidad jurídica o fenómeno jurídico.

12. LA PERSONA EN SENTIDO JURÍDICO. *a*) Después de haber tratado de la acepción ontológica de persona, corresponde ahora tratar de la persona en su acepción jurídica. Al respecto suele hablarse, no sólo de significados o acepciones, sino sobre todo de dos *conceptos* distintos: el concepto filosófico de persona y el concepto jurídico de tal. Y con gran frecuencia también se suele recalcar la distinción, señalando que, justamente por ser distintos, los dos conceptos no deben confundirse. En todo ello hay un fondo de verdad: el concepto filosófico y el concepto jurídico de persona tienen notas distintas y, como sea que los conceptos se distinguen por sus notas, ambos conceptos son distintos e inconfundibles.

Ocurre, sin embargo, que la distinción puede tener dos formas distintas de entenderse: a) Ambos conceptos son adecuadamente distintos, esto es, coinciden simplemente en el nombre con que se expresan –persona– y el sujeto al que se refieren, pero no tienen

nada en común. Podríamos llamarla la tesis de la desvinculación o separación. b) Ambos conceptos son distintos, pero inadecuadamente distintos, en el sentido de que el concepto filosófico de persona es el concepto *superior* y el concepto jurídico es el concepto *inferior*, pues el concepto jurídico está contenido en el concepto ontológico; en otras palabras, el concepto jurídico se construye abstrayendo del concepto filosófico las notas que corresponden a la persona en el orden de lo jurídico. Es la tesis de la vinculación o subordinación del concepto jurídico de persona respecto del concepto ontológico. La primera tesis es la antigua; la segunda es la moderna.

b) Hemos visto antes que una de las líneas semánticas de la palabra latina *persona* daba a esta palabra el significado, no de individuo humano, sino del hombre según su papel activo en la sociedad. Persona significaba el hombre en cuanto ejercía una función social y, en concreto, el hombre en relación a su *status* o estado social. Esta es la noción de persona que prevaleció en los juristas romanos y la que dió origen a la concepción jurídica de persona, que hemos calificado de antigua, pues es la coherente con la organización estamental de la sociedad (la *societas inaequalis* o sociedad desigual), que todavía pervive en algunos países y fue general en la civilización occidental hasta la Revolución Francesa. El principio fundamental para entender el concepto jurídico antiguo de persona reside en advertir que la raíz de los derechos no lo sitúa esta concepción en la persona humana como tal, sino en la condición social o *status* y, por tanto, se es persona por concesión de la sociedad y, en definitiva, del ordenamiento jurídico; consecuentemente se distingue entre *homo* u hombre y *persona*.

En la concepción estamental de la sociedad, o sociedad dividida en varios estados o clases, la persona en sentido jurídico significó, como se ve en los juristas hasta el siglo XIX, no el hombre considerado en sí mismo, sino el *hombre en su estado*[20]. La

20. Cfr. F. DE CASTRO, *Derecho de la persona* (Madrid 1952). Esta doctrina, que se remonta –con las precisiones antes hechas– a los juristas romanos, fue expuesta en los términos indicados o equivalentes por Althusio, Pufendorf y Werdenhagen; pero fue sobre todo popularizada por J. G.

persona como concepto jurídico, no designó al hombre según su ser, sino al hombre según su estado o rol social. Por lo tanto, los derechos de que gozaba como miembro del estado o estamento no se entendían como *iura nativa* o derechos naturales, sino como derechos de clase, o *derechos estamentales*. Eran el conjunto de privilegios, derechos y exenciones de que gozaba por pacto con la realeza, por constitución de la república o, en general, por el proceso histórico de estratificación de la sociedad operado a través de los diversos eventos políticos y sociales. Dentro de este contexto, la raíz de esos derechos de clase o estado no era la condición humana, sino el estado o la clase; por eso no se tenían por ser hombre, sino por ser miembro del estado o estamento.

c) Cuando, por el triunfo del principio de igualdad con la caída del Antiguo Régimen, desaparecieron los estados o estamentos y con ellos los derechos de clase o estado, se pusieron de manifiesto los derechos comunes a todos los hombres (principio de igualdad), cuya raíz ya no era el estado –pues no se trató de reducir a todos los hombres a un estado, sino de la *desaparición de todo estado* en el sentido de la sociedad desigual o estamental–; esa raíz era lo único que podía ser: la condición de hombre, la condición de persona humana. Se pusieron de manifiesto, pues, como *constitucionales* –al igual que lo eran los derechos de estado o

Heineccio. "Status –dice Heineccio– rationem causae, jus effecti habet." (puede verse con claridad que el estado se considera la causa de los derechos de la persona); y continúa: "Homo dicitur, cuicumque contigit in corpore humano mens humana. ... Ast persona est homo statu quodam veluti inditus". *Institutionum imperialium commentarius*, ed. novissima (Lyon 1767), pág. 32. Más claro es, si cabe, el canonista Spennati: "... un uomo si reputa persona quando è capace di esercitare dei diritti. La sola qualità di uomo non attribuisce necessariamente il carattere della personalità, ossia della capacità di diritto; e vi è bisogno che vi si aggiunga lo *status*, la *conditio*. Sicchè in senso ampio uomo e persona sono sinonimi; inquantochè esprimono l'idea unica de un soggetto capace di diritti. Ma in senso stretto dicesi persona chiunque in una nazione è riconosciuto capace di esercitare diritti rispondenti al proprio stato. *Persona est homo in statu quodam consideratus* (*Instit.*). E dicesi *stato* la condizione in virtù della quale gli uomini sono suscettibili di diritti nelle civili comunanze". *Istituzioni di Diritto Canonico Universale*, 2ª ed. (Napoli 1886), págs. 79 s.

estamentales– una serie de derechos llamados naturales: *les droits de l'homme*, derechos humanos o derechos fundamentales. A partir de entonces, en la base de la constitución de la sociedad civil se sustituyeron los derechos de estado por los derechos humanos.

Lógicamente, con este cambio, la persona como concepto jurídico no podía ser ya el *hombre en su estado*, sino el hombre como tal[21]. En una visión no positivista, iusnaturalista, la persona en sentido jurídico es, por derecho natural, toda persona humana. En la visión positivista será también la persona humana como tal, aunque no por naturaleza, sino por concesión del ordenamiento positivo (lo que llevó a negar la personalidad jurídica a los esclavos –mientras hubo esclavitud– y actualmente a los no nacidos). El problema que presenta el positivismo es doble: a) por un lado, deja persistente elementos de la concepción estamental tan decisivos como poner la raíz de los derechos en la concesión del ordenamiento jurídico. Con ello sigue anclado en la concepción antigua, lo que bordea el absurdo –no se ha comprendido el cambio fundamental operado– y resulta incompatible con el principio de igualdad –si se entiende, como debe ser, en su radicalidad–, pues dicho principio no se refiere –tal como se planteó con la caída de la sociedad desigual o estamental– a que todos los ciudadanos *deben ser tratados* igualmente por las leyes (también lo significa, pero como algo derivado), sino a que todos los hombres *son* –según su condición de hombres– iguales. Por lo tanto, el principio de igualdad no significa que todos los hombres *deben ser* iguales, sino que *son* –en virtud de su nuda condición de hombre, despojada de cualquier condición o circunstancia– iguales. Por lo tanto, todos los hombres son *igualmente personas* (en sentido jurídico), o igualdad jurídico-social, porque todos son igualmente personas en sentido ontológico (igualdad real radical). La visión positivista resulta ser una visión residualmente estamental en una sociedad que dejó de serlo hace mucho tiempo. b) Por otra parte, independientemente de la cuestión del derecho natural, el problema que se plantea es que, destruido el estado o

21. Cfr. J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, cit., págs. 115 ss.

estamento como raíz o causa de los derechos, éstas –raíz o causa– sólo pueden ponerse en la persona humana (no en el ordenamiento jurídico-social, que eso sigue siendo concepción estamental) y, por tanto, cualquiera que sea la explicación que de ello se dé, se es persona en sentido jurídico por ser hombre y sólo por ello. En consecuencia, la visión positivista es inaceptable por defasada (anacrónica y antihistórica), por partir de una radical incomprensión del principio de igualdad y por negar a la persona uno de sus principales atributos: la juridicidad.

d) Si se comprende en su sentido genuino lo que representa la caída de la sociedad desigual o estamental y la instauración de la sociedad igual, esto es, si se entiende el significado de los fenómenos político-sociales de los tiempos modernos, con toda la carga de comprensión del ser del hombre y su dignidad –que es en último término lo decisivo en el tema que estamos tratando– que los explican, no puede menos que considerarse definitivamente superado el antiguo concepto jurídico de persona, o sea, la tesis de la desvinculación o separación entre los conceptos jurídico y ontológico de persona. Ambos han de considerarse sólo inadecuadamente distintos. O sea, distintos, pero vinculados, en el sentido de que el concepto jurídico de persona es un concepto inferior, que deriva por abstracción del concepto filosófico.

Como hemos visto, la juridicidad pertenece al orden del ser de la persona, en su modalidad de orden del deber-ser; es algo inherente a la condición de persona humana. Se funda ello en la socialidad humana. El hombre, en cuanto que es persona, en virtud de su ser, se constituye en un ser-en-relación; no es esto una posibilidad o capacidad, sino una dimensión inherente a la eminencia de ser o dignidad propia de la persona, como vimos. Pues bien, la relación interpersonal tiene unas características determinadas, que nos han llevado a llamarla socialidad. Pero esta socialidad lleva inherente la juridicidad, porque la persona, por su dignidad, implica la debitud o exigibilidad; la persona es un ser *debitoso* o exigente, ya que no puede tratarse a sí misma ni ser tratada *ad libitum*, por lo cual una parte del orden del deber-ser propio de la persona es deber-ser de justicia, orden jurídico.

Todo ello indica que, cuando definimos la persona en sentido ontológico como "sustancia individual de naturaleza racional", en ella --al aplicarla al hombre-- está implicada la dimensión jurídica de la persona. Por lo tanto, si de esta noción abstraemos todas las notas, a excepción de lo referente a la juridicidad, lo que queda es el *concepto jurídico de persona*. Este concepto, por tanto, es un concepto inferior respecto del concepto ontológico de persona, que es el concepto superior.

e) ¿Cuál es la nota definitoria de la persona en sentido jurídico? A ello podemos responder que, pues el concepto jurídico de persona enlaza con la persona como ser-en-relación y antes hemos descrito el ordenamiento jurídico como un sistema de relaciones jurídicas, la persona no es otra cosa que el *sujeto de la relación jurídica*, como titular del derecho o del deber; es, pues, la persona el *sujeto de derechos* y *obligaciones*. Propiamente, la persona se define como el sujeto de relaciones jurídicas, porque la relación –ser-en-relación– es lo primario en cuanto expresión de la socialidad. Sólo secundariamente y por derivación la persona puede definirse como sujeto de derechos y obligaciones, entre otras cosas porque ni unos ni otras agotan la posición del sujeto de la relación jurídica, cuyo contenido puede estar constituido por situaciones jurídicas de distinta índole.

f) Puede observarse que la persona no designa directamente el papel o rol social del hombre: no es sólo nombre de posición social. El cambio operado en el conocimiento de la dignidad de la persona humana y el consiguiente enriquecimiento de la comprensión del principio de igualdad con la caída del Antiguo Régimen y la consecuente ruptura de la concepción estamental o desigual de la sociedad comporta una mudanza de perspectiva en el modo de entender el concepto jurídico de persona. Si bien sigue siendo un concepto social (el hombre en sociedad, en relación social), ya no es un concepto extrínseco. No es válido el viejo dicho clásico ya citado: "Homo natura vocatur: personam faciunt circumstantiae et accidentia". Por seguir los términos usados en

este dicho, hoy hemos de decir que: "homo natura vocatur iuridice persona".

Persona (en sentido jurídico) es una conceptualización intrínseca del hombre; es ciertamente relacional, esto es, designa al hombre según una relación social, pero una relación que es intrínseca al hombre y, en consecuencia, no designa un papel social extrínseco, sino el ser relacional del hombre: designa al hombre en su ser digno, que incluye el ser-en-relación.

g) Un corolario evidente que se deduce de todo lo dicho es que el hombre es persona, ante el ordenamiento jurídico-social, por sí mismo, en virtud de su dignidad o eminencia del ser, que lo constituye como ser-en-relación y, en cuanto tal, como sujeto de relaciones jurídicas. La personalidad jurídica –ser persona– no es una concesión de la ley o de la sociedad. El hombre –y por consiguiente todo ser humano en tanto ser humano– es persona en sentido jurídico, en cuanto que es –y porque es– persona en sentido ontológico. Atribuir a la legislación –a la sociedad– la concesión de la personalidad jurídica al hombre constituye, sin duda, una actitud anacrónica y antihistórica, pero representa, sobre todo, un atentado contra la dignidad humana y un desconocimiento de lo que significa que el hombre es persona en sentido ontológico. Todo hombre es jurídicamente persona por ser hombre, independientemente de cualquier estado y condición; y en este sentido se interpreta correctamente el art. 6 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*: "Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law". Todos tienen en todas partes el derecho al reconocimiento como persona ante la ley.

BIBLIOGRAFÍA

R. ALVIRA, *¿Qué es la libertad?* (Madrid 1976); S. AMATO, *Il soggetto e il soggetto di diritto* (Torino 1990); F. BELTRÁN, voz *Persona* I, en "Gran Enciclopedia Rialp", XVIII, págs. 346 ss.; BOECIO, *Liber de persona et duabus naturis*, cap. III, en PL, 64, 1343; F. DE CASTRO Y BRAVO, *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la Persona*, 5ª ed. (Madrid 1970); ID., *Derecho de la persona* (Madrid 1952); ID., *Derecho Civil de España. Parte General*, II (Madrid 1952); S. COTTA, *Diritto persona mondo umano* (Torino 1989); J. DE FINANCE, *Existence et liberté* (Paris 1955); ID., *Ensayo sobre el obrar humano*, ed. castellana (Madrid 1966); O. N. DERISI, *La persona. Su esencia, su vida y su mundo* (La Plata 1950); J. A. DORAL, *Concepto filosófico y concepto jurídico de persona*, en "Persona y Derecho", II (1975), págs. 113 ss.; J. GARCÍA LÓPEZ, voz *Libertad*, en "Gran Enciclopedia Rialp", XIV, págs. 316 ss.; G. GONELLA, *La persona nella filosofia del diritto* (Milano 1958); J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona* (Madrid 1986); J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, 6ª ed. (Pamplona 1990), págs. 115 ss.; ID., *Cuatro lecciones de derecho natural*, 2ª ed. (Pamplona 1990), págs. 16 ss.; I. M. HOYOS, *El concepto jurídico de persona* (Pamplona 1989); ID., *El concepto de persona y los derechos humanos* (Bogotá 1991); PH. LERSCH, *La estructura de la personalidad*, 6ª ed. (Barcelona 1968); J. MARITAIN, *La personne et le bien commun* (Paris 1947); A. MILLÁN PUELLES, *La estructura de la subjetividad* (Madrid 1967); ID., *La formación de la personalidad humana* (Madrid 1963); ID., *Persona humana y justicia social*, 2ª ed. (Madrid 1973); ID., *Síntesis humana de naturaleza y libertad* (Madrid 1961); A. MUÑOZ ALONSO, *La persona humana* (Zaragoza 1962); R. SPAEMANN, *Sobre el concepto de dignidad humana*, en "Persona y Derecho", XIX (1988), págs. 13 ss.; L. STEFANINI, *Metafisica della persona* (Padova 1950); ID., *Persona, personalismo y personalità*, en "Enciclopedia filosofica", IV, 1504-1533; TOMÁS DE AQUINO, [Persona] *Summa Theologica*, I, q. 29, a. 3 ad 1 y ad 2; I, q. 30, a. 2; III, q. 2, a. 2 ad 3; III, q. 2, a. 3 ad 2; *De potentia*, q. 2, a. 4; *In III Sent.*, dist. 5, q. 2, a. 1 ad 2; *Summa contra Gentiles*, I, IV, c. 38, n. 3763. [Libertad] *Summa Theologica*, I-II, qq. 8-14; *De malo*, q. 6; *De veritate*, qq. 22 y 24; J. M. TRIGEAUD, *Persona, ou la justice au double visage* (Genova 1990); ID., *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, 2 vols. (Bordeaux 1985 y 1990); G. ZAMBONI, *La persona umana* (Verona 1940).

LECCIÓN X

EL DERECHO NATURAL

§ 1. OBJETIVIDAD, HISTORICIDAD Y RELATIVIDAD DE LA REALIDAD JURÍDICA

SUMARIO: 1. Premisas. 2. La juridicidad inherente a la persona. 3. Naturaleza e historia. 4. Naturaleza y persona. 5. Relación entre naturaleza e historia. 6. Lo objetivo y lo relativo en la realidad jurídica. 7. Conclusión.

1. PREMISAS. Problema filosófico fundamental acerca del fenómeno jurídico –de la realidad jurídica, dicho con más precisión a nuestro modo de ver– es el referente a lo que en él hay de *dado* por estatuto del orden del ser y a lo *puesto* en él por el hombre y la sociedad. ¿Hay un núcleo de realidad jurídica dada al hombre o, en otras palabras, inherente a la persona humana y a la sociedad en cuanto proyección de la persona? O, por el contrario, ¿la realidad jurídica es toda ella un producto cultural, puesta enteramente por el hombre? Ante estas preguntas sin duda se pensará que con ellas lo planteado es la existencia del derecho natural: ¿es correcto negar

que existe el derecho natural? ¿Tiene razón el positivismo jurídico –en todas y cada una de sus formas– al reducir la realidad jurídica al derecho positivo? Sin duda alguna hablaremos del derecho natural –de su existencia y de su índole–, pues tal es el objeto de esta lección, pero el problema filosófico que acabamos de plantear no es simplemente el derecho natural, sino lo que está en la raíz del iusnaturalismo y del positivismo. En este sentido, la afirmación iusnaturalista o la negación positivista son, en cierta medida, consecuenciales y derivaciones del problema planteado. Éste podría enunciarse como el problema de la ajuridicidad o juridicidad de la persona humana o, en otros términos, podríamos hablar del problema de la *vaciedad* o no de la persona respecto de la dimensión jurídica: ¿es la persona humana –de suyo– un ser vacío de juridicidad, es un ser ajurídico? O contrariamente, el ser humano, por el hecho de ser persona –esto es, en virtud de su dignidad ontológica– ¿posee un núcleo inherente de juridicidad?, ¿ser persona conlleva en el hombre una dimensión jurídica?

Sólo si se comprende en su radicalidad el problema planteado, se estará en condiciones de entender en profundidad el positivismo y el iusnaturalismo. De esta cuestión se tratará en este primer apartado, con la brevedad propia de este libro.

2. LA JURIDICIDAD INHERENTE A LA PERSONA. *a*) ¿Hay una juridicidad inherente a la persona? El positivismo jurídico lo niega, no expresamente, pues no se plantea la cuestión en estos términos, pero sí de modo indirecto, al afirmar que el fenómeno jurídico es un fenómeno cultural, producto exclusivo de la voluntad humana. Al afirmar que no hay más norma que la positiva, que los derechos son sólo positivos (metapositivamente habrá acaso valores, exigencias éticas, "derechos" morales, etc., mas no verdaderos derechos), que el pacto es creación humana, etc., niega que exista un núcleo de juridicidad inherente a la persona humana. Más expresiva y explícita, aunque no por eso más radical –difícilmente podía serlo, al menos respecto al positivismo "duro" o extremo– ha sido la teoría marxista, para la cual el derecho no representaría otra cosa que una superestructura alienante del hombre, por lo que éste sería en sí mismo ajurídico, situación que se hubiese manifestado

plenamente en la sociedad comunista, con la desaparición del derecho y del Estado.

El ajuridismo de la persona en los términos postulados por el positivismo (a fortiori el antijuridismo marxista) es insostenible, si se comprende en toda su estructura ontológica la persona humana y, consecuencialmente, la sociedad que es su proyección.

b) Tanto la experiencia como nuestro conocimiento racional nos ponen en evidencia ante lo que es, a la vez, un hecho y un principio cuasiaxiomático: es imposible una construcción cultural que no se funde en un dato natural. Nos lo dice, en primer lugar, la experiencia: no se conoce ningún hecho cultural sin una base natural. Todo cuanto ha inventado el hombre, desde lo más sencillo a la más alta y complicada tecnología o las grandes construcciones del pensamiento, se funda en el aprovechamiento de las leyes naturales o son proyección de capacidades inherentes al espíritu humano.

Así toda obra de arte está fundada en el sentido estético (o capacidad natural de captar lo bello), en la imaginación y en la fantasía; y todo el desarrollo de la técnica está basado en el conocimiento de las leyes naturales y en su seguimiento, junto con la inventiva, potencia racional. Hasta ahora, nada ha *creado* –en el sentido propio del verbo: sacar de la nada– el hombre. Las creaciones humanas son hallazgos o inventos de cosas posibles contenidas en la realidad preexistente. Tomemos, como ejemplo, volar; el cuerpo humano carece de la capacidad voladora, por lo que ningún hombre ha conseguido volar por sí mismo, ni a nadie se le ocurre pensar que en el futuro alguien pueda hacerlo; ha podido, en cambio, el hombre construir aparatos que, siguiendo las leyes naturales, le hagan volar. Pero la aviación hubiese sido imposible si el aire tuviese otra contextura y se rigiese por otras leyes, que impidiesen la elevación de los aerostatos o la suspensión de cuerpos más pesados que él.

Además, nuestra razón –basada en la experiencia– nos dicta que ningún acto, ninguna obra, ninguna actividad es posible sin la potencia o capacidad respectiva. Si el ser carece de una potencia es imposible que haga algo en orden a esa potencia. ¿Cómo es

posible que el que *no puede* hacer algo –eso significa carecer de potencia o capacidad– pueda hacerlo? Todo hecho cultural se basa siempre y necesariamente en un dato natural.

c) Dicho lo anterior pasemos a la realidad jurídica. Si en el hombre se da el fenómeno jurídico –normas, relaciones, derechos–, ello únicamente es posible, porque en la estructura misma de la persona humana hay una radical y básica juridicidad, o lo que es lo mismo, un núcleo radical de juridicidad natural; esto es, porque la persona humana está constituida entitativamente como ser jurídico, que es lo que actúa como capacidad o potencia de lo jurídico cultural.

Si la realidad jurídica existe, es de necesidad que la persona humana esté naturalmente constituida de tal modo, que sea un ente que, por propia constitución ontológica, se ordene a regularse por normas, se relacione jurídicamente y sea capaz de derechos y obligaciones. Es imposible que el hombre sea naturalmente un ser ajurídico, y que, en consecuencia, el fenómeno jurídico sea entera y radicalmente sólo un fenómeno cultural; se trataría de una creación de la nada, cosa imposible para el hombre. Sin ese núcleo o dato –lo dado– natural, no sería posible el hecho cultural del fenómeno jurídico.

d) Podría pensarse que la *juridicidad natural* se reduce a una mera capacidad o posibilidad, sin que exista un núcleo natural de realidad jurídica. En tal caso, la existencia del orden jurídico sería un invento o construcción totalmente cultural, como la aviación según el ejemplo antes puesto. De ser así, sería pensable la posibilidad de que el hombre hubiese vivido sin ningún sistema jurídico –por elemental y rudimentario que fuese–, como sería pensable que en un futuro la sociedad humana pudiese vivir sin él. Tal cosa representaría olvidar que el orden jurídico pertenece al orden del deber-ser y este último orden pertenece al orden del ser personal como antes se ha dicho. Por eso la realidad jurídica sólo parcialmente puede ser una construcción cultural. La juridicidad natural es algo más que capacidad. Por mínimo que sea, existe un núcleo de realidad jurídica inherente a la persona, como expresión

connatural al orden del deber-ser que pertenece a su orden del ser. Sobre ese núcleo es posible construir la realidad jurídica positiva, esto es, el producto cultural.

Para que pudiese afirmarse que la persona está *vacía* connaturalmente de juridicidad, sería necesario sostener que no existe en la persona, naturalmente, el orden del deber-ser, pues si tal orden existe, necesariamente hay principios y normas de conductas intersubjetivas, deberes y derechos inherentes a la persona, ya que las relaciones interpersonales tienen –por pertenecer al orden del deber-ser– una dimensión de deuda (antes se habló de la debitud y exigibilidad inherentes a la dignidad de la persona) propia de la justicia: lo debido con deuda en sentido estricto, esto es, el derecho. Obsérvese que la dignidad de la persona humana –con la debitud y exigibilidad que le son inherentes– implica que cuando dos o más personas entran en relación, no puede haber sólo normas morales o éticas, porque a cada persona se le debe al menos un trato digno –adecuado a la dignidad de persona humana–, que es un trato *proporcionado* y *debido* (dos notas esenciales del derecho), lo cual configura una relación de justicia, esto es, una relación jurídica. Cada persona se presenta ante los demás con una dimensión de debitud –algo le es debido, al menos el trato digno– y de exigibilidad, lo que supone un mínimo de orden jurídico y no sólo normas morales.

e) Negar la juridicidad natural de la persona humana sólo tiene sentido si se niega la dignidad de la persona humana o se la vacía de contenido, lo que es lo mismo. Por eso, para el positivismo la dignidad humana –por mucho que haya sectores positivistas que hablan mucho de ella– resulta un concepto vacío, un verbalismo, pues niega un orden del deber-ser inherente a la persona y la vacía de debitud y exigibilidad (de derechos), con lo cual la dignidad queda reducida a la nada. (¿Qué es la dignidad sino la eminencia del ser que exige ser, que tiene, por su alta participación en el ser, un orden del deber-ser?).

3. NATURALEZA E HISTORIA. *a*) Una característica constante de las diversas formas de positivismo –incluso del positivismo

"blando" propio del llamado objetivismo jurídico– es la negación de la naturaleza en sentido propio y estricto, que es aquel sentido que se capta por conocimiento metaempírico o metafísico y cuya definición universalmente aceptada es el de *la esencia de los seres como principio de operación*[1].

A la afirmación de que existe la naturaleza humana –núcleo permanente de cada ser humano y con las mismas características en todos los hombres– suele seguir la acusación –muy poco acertada– de "esencialismo" y de "fijismo", como si admitir la naturaleza humana supusiese no tener en cuenta la evolución y el cambio que sufren los seres del universo, siendo así que la tesis de la naturaleza tiende justamente a explicarlos.

A la tesis de la naturaleza humana, se oponen las diversas corrientes del historicismo, según las cuales cada ser humano –en general, los seres– es un ser singular, dotado de sus propias y

1. A lo sumo, los objetivistas –y no todos– hablarán de naturaleza en sentido empírico, por lo cual no se referirán a la *naturaleza del hombre*, sino a lo más –no todos lo hacen– a la *naturaleza de las cosas*. Y como sea que el verdadero derecho natural nace y se funda en la naturaleza humana, aunque los objetivistas hablen de derecho natural y digan admitirlo, tal postura es a la postre inadmisible: se trata de un objetivismo, que no es un iusnaturalismo, o, si se prefiere, es un iusnaturalismo falso. Mezclar el verdadero iusnaturalismo –que es necesariamente de base metafísica– con esos falsos iusnaturalismos sólo conduce a la confusión de lenguas y, lo que es más grave, a la confusión de ideas sobre el derecho natural. Por eso entendemos que no es correcto reducir la historia del pensamiento jurídico al binomio iusnaturalismo-positivismo, dando en este caso al positivismo el sentido de positivismo extremo e incluyendo en el iusnaturalismo al objetivismo jurídico. Lo correcto es utilizar el trinomio iusnaturalismo-objetivismo-positivismo, o bien incluir en el positivismo al objetivismo (que es lo que habitualmente hacemos en este libro). De ahí que, en sentido propio y estricto, la historia de la ciencia del derecho natural haya de terminarse por ahora en Kant, que es quien subvierte definitivamente el concepto de derecho natural, sin incluir en tal historia las múltiples posiciones objetivistas modernas (a lo más aludirlas), pues después de Kant sólo un resto de autores sigue el iusnaturalismo verdadero, que es aquel que entiende que el derecho natural es genuino y propio derecho: una parte del derecho vigente en la sociedad.

Hacer historia o exposición del objetivismo bajo el rótulo de iusnaturalismo es una distorsión, que confunde al lector, igual que es incorrecto hablar de iusnaturalismo axiológico en oposición al iusnaturalismo ontológico, etc.

distintas características, sin que pueda predicarse de él un núcleo permanente, que sea igual a todo hombre, en el sentido de que ese núcleo existe y se realiza en todo ser humano. Para el historicismo no hay naturaleza, sino sólo *historia*, esto es, flujo, existencia, cambio, evolución. Para el historicismo todo en el hombre es cambiante y evolutivo.

b) Lo que principalmente puede achacarse al historicismo es que, fundándose en el empirismo –exageración del conocimiento sensible, por experiencia–, es contrario a la experiencia. Es obvio que los hombres tenemos la experiencia, personal y por conocimiento del mundo circundante, del cambio, de la *historia* (o dimensión cambiante y evolutiva de los seres). El hombre es un ser histórico, inmerso en la historia, que evoluciona y cambia, tanto en su mismo ser (niñez, adolescencia, edad adulta, vejez, salud, enfermedad, sentimientos, ideas, etc.), como en su vida y en el contexto social. En relación con esto, cambia también la sociedad, la cultura, la civilización, el entorno de bienes, etc. La historia, el cambio, la evolución son hechos de experiencia. Pero no es menos cierto que la experiencia enseña que la historia –la dimensión cambiante y evolutiva del hombre– es limitada y circunscrita. El hombre no es sólo historia. Desde el momento en que el hombre comenzó a existir sobre la tierra, muchos millones de seres –formados por generación– somos hombres; algo hay de permanente e igual en todos, para que todos ellos sean calificados de hombre; y son calificados de hombres porque *son* hombres. Si no hubiese nada permanente e igual en el hombre, que lo constituye como hombre, nada habría por lo cual podemos decir de alguien que es hombre, como es obvio. Ese algo permanente e igual no es un factor superficial –por ejemplo, ciertos rasgos externos–, sino *lo más profundo e íntimo* de su ser, que –pese a las diferencias entre hombre y hombre– lo constituye como ser humano, lo identifica precisamente como hombre. Es la misma experiencia que tiene todo hombre de sí mismo y de todos los demás: en medio del cambio y de la evolución de la niñez a la vejez, todo hombre tiene experiencia de que permanece su identidad (sigue siendo él mismo; no se transforma en otro ser

distinto en cada una de sus fases), como permanece la identidad de los demás. Esto se manifiesta en la conciencia del yo, un yo permanente –"yo fui niño, yo fui joven, yo soy adulto, cuando yo sea viejo"–, que es inmutable e inalterable en medio de la evolución y del cambio. Este yo permanente sólo tiene explicación, si es expresión de un sustrato ontológico, de *sustancia*, que permanece inalterado. El historicismo es contrario a la más elemental experiencia. Por lo demás, ya dijimos antes, que el puro flujo es imposible, pues todo flujo presupone la sustancia fluyente.

c) La existencia de un núcleo de ser permanente en todo hombre e igual en todos los hombres –pues es lo que constituye a cada uno de ellos en hombre y no en un ser no humano– se asienta en la más genuina y universal experiencia, no menor, si bien tampoco mayor, aunque sí más profunda y penetrante, que la historia. Es más, la propia experiencia de la identidad o permanencia y de la historia o cambio, nos indica que la permanencia o identidad es más fuerte que lo histórico y cambiante, en el sentido de que lo que constituye al hombre como hombre no es lo histórico sino lo permanente. El hombre no se constituye como hombre por lo que cambia, sino justamente por lo que permanece y es igual en todos.

d) Esta experiencia nos lleva a la noción de esencia, que es aquel núcleo profundo e íntimo del ser, con su estructura fundamental, dotada de potencias y características específicas, en cuya virtud un ser es precisamente el ser que es; concretamente en el hombre, aquello por lo que el hombre es hombre: ser corpóreo-espiritual con unas estructuras básicas, unas potencias y unas características propias de él y conformadoras de su ser hombre, de su *humanidad*. Es ese núcleo permanente e igual en todos los hombres, sin lo cual un hombre dejaría de ser hombre. Negar que en el hombre hay algo permanente en cuya virtud es hombre y no otro ser distinto, es negar la misma evidencia. Por lo tanto, debemos afirmar que el hombre tiene una *esencia*, permanente e igual a todo hombre; sin ella no habría hombres, salvo en algún instante de la Historia. Si el historicismo fuese verdad, resultaría

que si del siglo XX decimos que hay hombres, en los siglos anteriores no existirían hombres, sino acaso seres sucesivamente semejantes; es más, cada hombre sólo sería tal en alguna fase de su vida, lo que nos pone en evidencia que el historicismo roza el absurdo.

e) Como la esencia humana tiene unas potencias activas o principios de operación, se deriva de ello que no es menos verdad la existencia de la *naturaleza humana*, puesto que lo que llamamos naturaleza no es cosa distinta de la misma esencia; es la misma esencia, contemplada *en cuanto es principio de operación*. En cierto sentido, podemos decir que la naturaleza humana es el núcleo básico de ser y la estructura fundamental del ser humano en cuanto dinámico. Y si, en un sentido amplio de estructura, incluimos en la estructura la ontología básica –que no es amorfa, sino estructurada–, puede decirse en síntesis que la naturaleza humana es la estructura fundamental del ser humano.

4. NATURALEZA Y PERSONA. a) *Naturaleza* es –por lo que acabamos de ver– un concepto universal, como lo es el de esencia. Por el contrario, persona es nombre de individuo como se ha dicho repetidamente. ¿Significa esto que hay una contraposición entre naturaleza y persona, o que lo que se predica de la naturaleza no se predica de la persona? En esta pregunta se involucran dos cuestiones, que a continuación distinguiremos.

1ª) No hay contraposición entre naturaleza y persona, si tomamos a ambas, no como nociones, sino como realidades. Ciertamente, como nociones, naturaleza y persona son distintas y, en cuanto nociones, en cierto sentido son opuestas, como universal que es una e individual la otra: la naturaleza designa un universal, que en cuanto tal es un concepto de razón con fundamento *in re* –en el objeto, en la cosa–, mientras que persona es nombre de individuo. En este sentido, distinguimos en su momento lo predicable de la persona y de la naturaleza. Pero todo esto es una cuestión de conceptualización y de lenguaje, que a los efectos del tema que ahora desarrollamos hay que combinarlo con lo que decimos a continuación.

Lo importante es que la naturaleza –en el plano de la existencia extramental, de la existencia objetiva del ser humano– no es una especie de idea abstracta separada del ser humano –no tiene existencia separada en una especie de mundo de las ideas a lo Platón–, sino que *está realizada* en la persona, es una dimensión o estructura fundamental de cada persona humana, constituyéndola como persona. O por mejor decir, en cada persona humana existe una real estructura fundamental que, en cuanto la observamos en las demás personas humanas y la captamos como *constitutivo* caracterizador y especificador suyo, la universalizamos conceptualmente y la llamamos naturaleza humana.

Por lo tanto, hablar de naturaleza humana es hablar de la persona humana, porque está en la persona humana –y en toda persona humana– como algo propio de ella –de cada persona humana– en ella existente. Así no existe una razón humana de la que participaría cada persona, sino que existen tantos intelectos o razones humanas cuantos hombres hay: cada persona tiene su propio intelecto o razón, como tiene su propio cuerpo. Por consiguiente, cuando decimos que la persona es una sustancia de naturaleza racional, al decir *sustancia*, que es constitutivo singular de cada ser –la sustancia está individualizada–, ya se está afirmando que la naturaleza racional designa en la persona un intelecto o razón individual o singular.

Y esta, por así decir, individualización o singularización de la naturaleza humana en cada persona (está realizada en ella y sólo en ella) es tanto más fuerte cuanto que la persona es un ser incomunicable. Por eso, no existe ninguna contraposición entre naturaleza y persona, porque la naturaleza en cuanto constitutivo real de la persona, está en la persona como estructura fundamental suya. En este sentido, hablar de "condición de persona humana" es –como decíamos– sinónimo de naturaleza; y en este sentido también –pero sólo en este sentido– resulta indiferente predicar algo de la naturaleza humana o predicarlo de la persona (v. gr. "el fundamento de los derechos humanos es la persona humana"), porque entendemos la naturaleza como el concepto universal que expresa un constitutivo *real* de la persona y referimos el citado fundamento a ese constitutivo, que llamamos "condición de

persona" o también naturaleza humana. Otra cosa distinta resultaría sí, basándose en que persona es nombre de ente singular, se negase la estructura fundamental igual a toda persona –la naturaleza–, pues entonces, si el fundamento de todo lo personal –incluidos los derechos humanos– fuese ser persona y esto conllevase la inexistencia de un núcleo permanente e igual, todo dependería de rasgos y características peculiares de cada hombre, con lo cual nada universal podría predicarse del hombre, ni siquiera lo que comporta ser persona –la dignidad humana–, pues esto es de suyo un universal. Ni los derechos humanos serían de suyo universales, ni lo sería la dignidad de la persona, ni siquiera la condición de persona, pues dependería de rasgos singulares (no universales). Este es el defecto fundamental de algunas corrientes llamadas "personalistas". El "personalismo" sin naturaleza termina por reducir la persona a un simple nombre; es un personalismo sin persona.

b) 2ª) Una segunda cuestión planteada en relación a una hipotética contraposición entre naturaleza y persona se refiere a la relación entre lo singular y lo universal. No hay, por lo que a esto respecta, oposición, sino distinción. No toda la persona es naturaleza, pues la naturaleza es solamente la estructura fundamental de la persona humana, igual en todas ellas. A esto nos referimos cuando se dice que lo singular se predica de la persona y lo universal se predica de la naturaleza. Respecto del hombre real y existente todo –también lo que pertenece a la naturaleza– se predica de la persona, pues la naturaleza –lo hemos dicho ya repetidas veces– no está fuera de la persona, sino que es constitutivo de la persona: lo que se predica de la naturaleza se predica –en lo que respecta al ser humano real existente– de la persona. Lo que ocurre es que lo singular de cada persona no se predica de la naturaleza, aunque en ella inhiera, sino que la trasciende: el ser total de la persona está constituido por *lo natural* y *lo singular*. Pero en tanto que la persona designa al ser individual y en el *plano lógico de los conceptos* –no en el plano real– distinguimos entre naturaleza y persona, afirmamos que lo universal se predica de la naturaleza y lo singular se predica de la persona, queriendo decir con ello que

lo singular *sólo* se predica de la persona. Cuando distinguimos entre persona y naturaleza, al hacer esta afirmación nos situamos en el campo lógico y nocional, no en el plano real. Este doble lenguaje es conveniente, por cuanto con frecuencia se habla de persona negando la naturaleza, con lo que, al predicar de la persona lo que radica en la naturaleza, se está despojando a lo predicado de su universalidad y permanencia, entendiéndolo como singular y mudable, cayendo así en el falso "personalismo sin persona" al que ya hemos aludido.

Todo se resume en reafirmar la noción de naturaleza como estructura fundamental de la persona. Y en entender la persona: a) como *sustancia individual*, no simple flujo ni sólo historia ni pura conciencia de sí, o sea, un ser con un sustrato ontológico consistente y permanente; y b) de *naturaleza* racional y consecuentemente con una verdadera y propia naturaleza o esencia como principio de operación.

5. RELACIÓN ENTRE NATURALEZA E HISTORIA. *a*) Naturaleza e historia –lo natural y lo histórico– no son dimensiones de la persona que sean separables, como si estuviesen en tensión o fuesen factores coexistentes en el ser personal. La persona no es un aglomerado de naturaleza e historia. Por el contrario, la persona, como ser individual, constituye una unidad *trascendental*, pues uno de los trascendentales del ser es la unidad: el ser es uno en su mismo constitutivo de ser. Esto pone de relieve la mala comprensión que de la naturaleza tienen los historicistas, al entender que naturaleza e historia son nociones –o factores– incompatibles entre sí. De ahí resultaría que, pues el hombre tiene un dimensión histórica, no tiene una dimensión *natural* (naturaleza) o viceversa.

b) Naturaleza e historia forman en el hombre una unidad: lo histórico del hombre –su dimensión mudable y cambiable– radica en la naturaleza y procede de ella. En este sentido, la dimensión histórica es natural en el hombre. O dicho de otro modo, el hombre es por naturaleza *histórico*, capaz de evolución y de cambio. Es una sustancia que, en virtud de la dimensión tiempo, evoluciona y

cambia. Así, si el hombre aparece como embrión y evoluciona hacia la adolescencia, la juventud, la madurez y la edad provecta, todo ello obedece a la naturaleza o estructura fundamental del ser, en la cual el cuerpo es naturalmente evolutivo. Si el hombre cambia a lo largo de su vida de valores, si adquiere ciencia, técnicas, virtudes o vicios, si se perfecciona o se degrada, etc., todo ello obedece a su *manera natural de ser*, esto es, a su naturaleza. No es que cambie o evolucione la naturaleza, sino que la naturaleza es la raíz y el origen de la historia, porque contiene en sí –como estructura fundamental del ser que es– el principio de la evolución y del cambio.

c) Esta unidad entre naturaleza e historia, tiene su reflejo en la naturaleza, que se ve afectada parcialmente por la historicidad. En efecto, hemos dicho que la naturaleza no evoluciona –es justamente lo permanente–, pero, al ser principio de operación, la evolución y el cambio afectan a la capacidad natural de operación, que es la raíz y el origen de la historia; y, de este modo, la capacidad de operación del recién nacido –si bien en potencia es la del adulto– actualmente es inferior a la del joven o a la del hombre maduro–. Y ello ocurre *naturalmente*, en virtud de la misma naturaleza humana. En la persona humana, como en todos los seres inmersos en el tiempo, se observa que la naturaleza no escapa a la historicidad, si bien sólo en aquello en que es raíz y origen de la historia, esto es, en los principios de operación y sólo en ellos (potencias y hábitos).

d) Ello nos lleva a profundizar en este punto, en el que fácilmente cabe caer en la confusión y el error, pues nos encontramos ante una paradoja: lo permanente puede sufrir una influencia de la dimensión de cambio, con lo que se llega a afirmar –como lo hiciera Tomás de Aquino[2], por lo demás acertadamente– que la naturaleza humana es en alguna medida mudable. Lo cual ciertamente resulta paradójico.

2. *Summa Theologica*, II-II, q. 57, a. 2 ad. 1.

Ante todo, es preciso reafirmar que la naturaleza humana no tiene en sí ningún principio de evolución ni de cambio *en cuanto es esencia*, que conforma a cada hombre como hombre. Es imposible que haya tal mutación, pues la mutación comportaría la transformación del hombre en otro ser distinto. Mas, por otra parte, como la naturaleza es origen de la evolución y del cambio, y la evolución y el cambio afectan a la capacidad de operación, la naturaleza resulta afectada en esta capacidad. Ahora bien, si la naturaleza es la raíz y el origen de la evolución y del cambio, de ello se deduce que aquello en lo que es afectada la naturaleza humana reside en la propia naturaleza. O dicho de otro modo, la parcial mutación que sufre la naturaleza *está en potencia* en la misma naturaleza. Luego la naturaleza no cambia en cuanto tal naturaleza, que es permanente, pues la mutación está en ella como potencia.

De ello se infiere un dato importante. Si la naturaleza contiene en sí su propia mutación en los principios de operación, la mutación de la naturaleza no le afecta a ella en sí misma, sino en su *estado*. Puede, pues, hablarse de *estados de la naturaleza*, que afectan a su capacidad de operación. A ello se reduce la mutabilidad de la naturaleza humana, que no es propiamente mudanza como hemos dicho.

e) Visto este punto, es preciso volver a la historicidad de la persona humana, para señalar en qué es permanente y en qué está inmersa en la historicidad. Siendo como es una sustancia, dotada de una naturaleza –esencia– en cuya virtud es hombre y no otro ser –la *humanidad*–, a la vez que actúa como tal según las potencialidades naturales, la persona humana es permanente –con las precisiones hechas antes– en su *esencia* e histórica en sus *accidentes*: cantidad, cualidad, relación, estado, etc. O dicho de otro modo, la persona humana es permanente en *lo natural* y es histórica en *lo singular*, en aquello que sobrepasa la naturaleza y constituye el conjunto de sus condiciones singulares de existencia. En otras palabras, la persona es histórica en todo lo que sobrepasa la estructura fundamental que la constituye como tal persona humana –como hombre–, sin la cual dejaría de ser persona humana. En esta estructura fundamental no hay cambios y respecto

de ella todos los hombres son iguales; por el contrario la dimensión transnatural o accidental –las condiciones singulares de existencia que configuran y componen la persona más allá de la naturaleza– es histórica –evolutiva y cambiante– y en ella residen las diferencias entre los seres humanos.

6. LO OBJETIVO Y LO RELATIVO EN LA REALIDAD JURÍDICA. *a*) En amplios sectores del pensamiento moderno se ha introducido una forma de historicismo que recibe el nombre de *relativismo*. Según el relativismo no existen factores morales ni factores jurídicos permanentes y objetivos, porque en moral y en derecho todo es histórico y relativo. Por relativo se entiende que todo factor moral y jurídico depende de valoraciones o estimaciones subjetivas –sin una regla o norma objetiva, sin un criterio asimismo objetivo– y, por lo tanto, está sometido a la variabilidad de tales estimaciones y a la pluralidad de ellas; por lo tanto, se concluye por una serie de autores, lo que se llama orden jurídico justo es aquel que se funda en el consenso o acuerdo entre las distintas valoraciones. Las consecuencias del relativismo son claras: a) nada existe en el ser humano que sea criterio objetivo de moralidad o juridicidad; b) lo que predicamos de la persona humana en el orden del deber-ser es meramente un valor subjetivo del medio social, o dicho de otro modo, no es una predicación intrínseca, sino una predicación extrínseca; c) no existe más derecho que el derecho positivo, pues no hay un núcleo natural de juridicidad.

b) El relativismo, pese a su extensión, es una de las formas de pensamiento menos aceptables de la modernidad. A él ya aludimos antes al hablar de los valores; baste aquí observar que, según los postulados relativistas, la dignidad no es algo objetivo e intrínseco de la persona humana, sino una predicación o atribución extrínseca, con lo cual la persona humana queda vacía de su eminencia de ser. De acuerdo con los postulados relativistas la persona humana no es digna, sino que, según una estimación social subjetiva, se la tiene por digna; no posee de por sí dignidad, sino que ésta se le atribuye extrínsecamente por criterios de suyo variables. Por lo tanto, qué significa la dignidad de la persona

humana y qué contenido y reflejos posee es algo que depende de valoraciones y opiniones tan subjetivas como variables.

Las consecuencias lógicas del relativismo pueden llegar a ser aberrantes: quiénes tengan derecho a la vida o a la libertad –por ejemplo– depende simplemente de valoraciones subjetivas. Es suficiente que el contexto social estime que determinados seres humanos pueden ser marginados y privados de la vida o de la libertad (esclavitud) y sobre ello exista consenso, para que las leyes que legalizan las correspondientes conductas o estructuras de la realidad social según esas valoraciones sean legítimas. No es extraño, por eso, que pueda hablarse de una cierta crisis del relativismo –consecuente con la crisis de la modernidad– y hayan aparecido diversas tesis –v. gr. la de los "derechos morales"–, que tienden a paliar los excesos del relativismo.

c) Frente al relativismo es preciso reafirmar cuanto se ha dicho antes: a) La persona es una sustancia de naturaleza racional, con una realidad ontológica –con un ser– objetiva y subsistente, esto es, posee una realidad extramental, no atribuida, sino realmente existente según un grado determinado de ser. b) La dignidad de la persona humana es una eminencia de ser –la persona es ser perfectísimo–, objetiva, inherente a la ontología de la persona e independiente de estimaciones subjetivas. c) La dignidad de la persona humana consiste en aquella perfección del ser que comporta el orden del deber-ser, o sea, la debitud y la exigibilidad, tanto en el plano personal o moral, como en el plano jurídico. d) Como consecuencia de todo ello, la dignidad de la persona humana es propia de todo hombre y se constituye en *criterio normativo objetivo* de la conducta humana. e) Existe un núcleo natural de juridicidad, en cuya virtud la realidad jurídica en parte es natural y contiene derechos y deberes inherentes a la dignidad de la persona humana. Y f) como sea que la dignidad tiene su raíz en la naturaleza –sin la naturaleza no hay dignidad–, esos derechos y deberes radican en la naturaleza humana y constituyen, por tanto, el *derecho natural*.

d) En síntesis, si bien existe un amplio ámbito de realidades y de la vida humana en el que no hay criterios absolutos ni totalmente objetivos, siendo por ello objeto de *valor*, esto es, de estimaciones o valoraciones subjetivas, existe también un ámbito no relativo, de la objetividad del ser, dentro del cual está la dignidad de la persona humana, que se constituye en *criterio objetivo*, no relativo, de conducta moral y social; hay pues, un criterio objetivo del derecho –la dignidad humana– y, por lo tanto, de lo justo y de lo injusto. Existe *lo justo natural*; en otras palabras, existe el derecho natural.

7. CONCLUSIÓN. Una vez vistos los temas que acabamos de resumir y que pueden considerarse previos al estudio del derecho natural, corresponde ahora presentar una síntesis de la teoría del derecho natural, según es propio de la filosofía del derecho. Y como estas lecciones intentan ser una exposición del sistema de filosofía jurídica del realismo jurídico clásico, las páginas que siguen se limitarán al derecho natural conforme es propio de ese sistema. Para ello parece oportuno dedicar unas páginas preliminares a la formación histórica del iusnaturalismo clásico; es lo que se hace en el apartado siguiente, que obviamente se ciñe a la formación de la doctrina clásica a través de los pasos históricos más relevantes –que terminan en Tomás de Aquino–, sin entrar en su posterior desarrollo ni en otras formas de entender el derecho natural.

§ 2. LA DOCTRINA CLÁSICA

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Aristóteles. 3. Los juristas romanos. 4. El tránsito a la Edad Media. 5. El término "derecho positivo". 6. Tomás de Aquino. *a*) *Introducción*. *b*) *La adecuada división del derecho*. *c*) *El derecho natural*. *d*) *La ley natural*. 7. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN. En el inicio del renacimiento de la ciencia jurídica europea, una de sus piezas fundamentales, el Decreto de Graciano (que inauguró el *Corpus Iuris Canonici*, el cual con el *Corpus Iuris Civilis* constituyó el *ius commune* romano-canónico de Europa hasta el siglo XIX), se abre con estas palabras: "Humanum genus duobus regitur, naturali videlicet iure et moribus"[3]. El género humano se rige por dos derechos: el derecho natural y el derecho positivo. Con ello el Maestro Graciano no hacía otra cosa que recoger la tradición jurídica europea desde la Antigüedad, una tradición que, con graves rupturas a partir de finales del siglo XVIII con la aparición del positivismo, sigue viva hasta hoy, pese a la masiva extensión de éste último.

Al escribir "duobus regitur" (el género humano se rige por dos derechos) Graciano expresaba la idea central de la tradición clásica acerca de la división del derecho en derecho natural y derecho positivo: el derecho natural es verdadero derecho, es derecho vigente (*regit*), como lo es el derecho positivo. Ambos, derecho natural y derecho positivo, son las dos partes de las que se compone el conjunto de órdenes jurídicos que rigen la Humanidad. Y ésta es la idea central del realismo jurídico clásico, que estas lecciones intentan exponer. Por eso, después de haber desarrollado las nociones de derecho y de norma jurídica, hemos de pasar a estudiar el derecho natural, que es el objeto de esta lección. Para comenzar, nos ha parecido conveniente hacer una exposición de los tres hitos históricos fundamentales de la doctrina clásica del derecho natural: Aristóteles, los juristas romanos y Tomás de Aquino[4].

2. ARISTÓTELES. *a*) Aunque hablando de derecho natural en sentido generalísimo –leyes divinas, orden natural, etc.– los testimonios antiguos se pierden en los orígenes de la historia, el primer autor conocido que, haciendo referencia al derecho en sentido estricto, según el uso forense (lo justo), habló de la división del

3. Dictum ante D. I, c. 1.

4. Para una historia completa de la ciencia del derecho natural nos permitimos remitir a nuestra obra *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, 2ª ed. (Pamplona 1987), donde el lector puede encontrar abundante bibliografía.

derecho en natural y positivo, fue Aristóteles en un tan conocido como breve pasaje de su *Etica a Nicómaco*: "En el derecho político, una parte es natural, y la otra es legal. Es natural lo que, en todas partes, tiene la misma fuerza y no depende de las diversas opiniones de los hombres; es legal todo lo que, en principio, puede ser indiferentemente de tal modo o del modo contrario, pero que cesa de ser indiferente desde que la ley lo ha resuelto"[5].

Textualmente, el Estagirita escribió lo justo (*to díkaion*) político, lo justo natural y lo justo legal, refiriéndose, pues, al derecho como lo justo, o sea al derecho en sentido estricto o forense según explicamos en su momento. Su perspectiva es la del realismo jurídico clásico. La terminología no es original de Aristóteles, pues probablemente la tomó de la vida forense griega. Además, la habían utilizado con anterioridad los sofistas, al contraponer lo justo por naturaleza o natural y lo justo por ley o legal (o sea, positivo, según nuestro lenguaje); sin embargo, en los sofistas lo justo no tuvo el sentido de derecho en sentido estricto, como ocurre con Aristóteles, sino de lo ajustado o conforme con la naturaleza (lo justo natural) y con el orden establecido (lo justo legal)[6]. Es Aristóteles el primer autor conocido que entendió por "lo justo" el derecho en sentido forense o estricto[7].

b) Tres son las ideas fundamentales que, en relación al tema que nos ocupa, se contienen en el texto aristotélico. En primer lugar, la existencia del derecho natural (lo justo por naturaleza). Este derecho tiene dos características: no se basa en las opiniones humanas, no es una opción libre –como cuando dos contratantes alcanzan un acuerdo, o la ley positiva impone una determinada conducta que no está impuesta por la naturaleza–; y en todas partes tiene la misma fuerza, en todos los lugares es justo, o lo que es lo mismo, es un derecho universal. Aunque Aristóteles no dice expresamente qué entiende aquí por naturaleza, es obvio que si se

5. Lib. V, c. 7, 1134 b.

6. Vide J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, cit., págs. 44 ss.

7. Vide M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho*, I, cit., págs. 71 ss.

trata de un derecho universal, es porque es lo justo en virtud de la naturaleza en cuanto es la misma en todas partes: lo permanente y universal de la ontología de las cosas y del hombre.

Junto al derecho natural aparece lo justo legal. "Legal" es traducción literal de *nomikón*, lo propio del *nómos*, que era la ley establecida por el hombre (ley propiamente dicha, costumbre, uso). Lo justo legal equivale a derecho positivo. Lo propio de este derecho consiste en proceder de la convención humana; es justo, porque así lo establece la voluntad del hombre. Por eso, el derecho positivo tiene como característica propia –concluye Aristóteles– el ser variable según los países y las épocas.

c) La segunda idea presente en el pasaje de Aristóteles es que el derecho natural y del derecho positivo son verdaderos derechos. Tanto lo justo natural como lo justo positivo son clases o tipos de derecho. Ambos forman parte igualmente del derecho vigente de una *pólis* (*politikón díkaion*). Es, pues, claro que para Aristóteles el derecho natural es un derecho verdadero, un tipo de derecho vigente, junto a otro tipo, que es el derecho positivo. El derecho natural no es, por lo tanto, un principio abstracto, una idea o ideal, un valor o cosa similar; es sencillamente un derecho (una cosa debida en justicia), una clase o tipo particular de derecho.

d) La tercera idea es que tanto el derecho natural como el derecho positivo son *partes* del derecho vigente en cada *pólis* (el derecho *político*, derecho de la *pólis*). No se trata, pues, de dos sistemas jurídicos distintos y paralelos; sólo hay un sistema jurídico en cada sociedad perfecta o *pólis* (hoy diríamos Estado): el derecho vigente en esa *pólis* o "derecho político". En relación con él, el derecho natural y el derecho positivo son *partes*, factores constitutivos.

Con estas tres ideas quedaba expuesta la concepción clásica del derecho natural.

3. LOS JURISTAS ROMANOS. *a*) La exposición de Aristóteles representaba la observación de un filósofo sobre la vida forense de su tiempo, la observación sobre la realidad del derecho tal como

era vivida y comprendida. Esta experiencia, que cuenta globalmente con una historia conocida de no menos de veintidós siglos, es la misma que reflejan los juristas romanos, en lo que respecta a la práctica jurídica de Roma, que abarcó varias centurias. Los juristas romanos nos ofrecen, junto a algunas leves teorizaciones –como es el caso de Ulpiano–, lo que fue la praxis del foro romano, las soluciones prácticas que adoptaron para la vida real del que fue el mayor Imperio de la Antigüedad.

b) El primitivo derecho de Roma o *ius civile* era un derecho rígido y formalista y sólo aplicable a los ciudadanos romanos. Por ambas características, cuando se fue formando y consolidando el Imperio, el *ius civile* presentó no pocos problemas. Por una parte, se hizo necesario encontrar el derecho aplicable en Roma a las relaciones entre ciudadanos romanos y extranjeros y a las relaciones de los extranjeros entre sí. Por otra parte, era preciso acomodar el *ius civile* a las nuevas necesidades y humanizarlo. Para todo ello, los juristas romanos acudieron a la *ratio naturalis* o *aequitas*, es decir, al derecho natural[8].

¿Qué era el derecho natural? El derecho natural, en ese contexto, era el derecho común –*ius commune*– que la razón natural implanta entre todos los hombres y entre todos los pueblos; por lo tanto, era el aplicable a las relaciones de los ciudadanos romanos con los extranjeros y de los extranjeros entre sí. Los juristas romanos aplicaron, pues, las soluciones de razón natural a dichas relaciones. Se trataba, en consecuencia, de un derecho vigente, aplicado en la cotidiana tarea del foro.

Por otra parte, tal derecho, en cuanto razón natural, no podía ser contradicho por el *ius civile*. En virtud de ello, cuando del *ius civile* se deducían soluciones escasamente adecuadas a la realidad social o que resultaban poco humanas, el derecho civil podía ser corregido y adaptado por soluciones más racionales, coherentes con la *ratio naturalis*. El derecho natural operó, pues, según le es

8. Vide v. gr. M. VOIGT, *Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer*, I (Leipzig 1856, reprod. Aalen 1966); G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di "ius gentium"* (Milano 1946); ID., *Sul concetto di "ius gentium"* (Milano 1947).

propio, como un factor de racionalidad del derecho, como humanizador del derecho positivo; en resumen, actuó como elemento civilizador.

c) De esta tarea correctora y humanizadora existen múltiples ejemplos. Traemos a colación aquí dos textos, no sospechosos de haber sido objeto de interpolación en la época del derecho romano cristiano. Ambos se refieren a la capitisdisminución. Uno de ellos lo encontramos en Gayo, *Inst.*, I, 158: "El derecho de agnación se pierde por la capitisdisminución, pero el de cognación no resulta afectado, porque un factor civil puede alterar los derechos civiles, mas no puede [alterar] los naturales"[9]. Como es sabido, la *capitis deminutio* comportaba el cambio –generalmente la pérdida– de la capacidad originaria y podía ser máxima, media y mínima, alcanzando las tres a las relaciones de parentesco. En principio, la *capitis deminutio* –interpretada rígidamente– podía afectar tanto a la cognación como a la agnación, pero se excluyó la cognación, alegando como razón –según dice Gayo– que una institución de derecho civil –la capitisdisminución– no puede llegar a alterar los derechos naturales, como son los de cognación.

El otro ejemplo está tomado de D. 4, 5, 8 y es también de Gayo: "Es evidente que aquellas obligaciones que contienen una prestación natural no se extinguen con la capitisdisminución porque el derecho civil no puede alterar los derechos naturales; así, la acción de dote subsiste aún después de la capitisdisminución, porque está referida a lo que es bueno y justo"[10]. Por la misma razón antes alegada, se moderaron los efectos de la *capitis demi-*

9. "Sed agnationis quidem ius capitis diminutione perimitur, cognationis vero eo modo non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest". Ed. J. Reinach, "Les Belles Lettres" (Paris 1950), pág. 30.

10. "Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest itaque de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilo minus durat etiam post capitis deminutionem". Ed. Th Mommsen, I, 2ª ed. (Berolini 1962), pág. 139. Para la traducción castellana vide, *El Digesto de Justiniano*, I, versión de A. d'Ors y otros (Pamplona 1968), pág. 210.

nutio, concediéndose al capitisdisminuido la acción de dote, que se entendió natural mediante la fórmula "bonum et aequum" (cfr. D. 1, 1, 11). Puede verse cómo, a través del derecho natural, se humanizó el *ius civile*, dándole una interpretación más racional, más justa y menos perjudicial para el afectado. Este tipo de interpretación resulta inconcebible para un positivista moderno, que, sin duda, hubiese interpretado la *capitis deminutio* de un modo más rígido y formalista y mucho más desfavorable para el capitisdisminuido; el positivista moderno ha perdido en buena medida el sentido de la justicia y de la equidad y, aunque parezca paradójico, es menos sensible a los derechos de la persona considerados en sí mismos.

d) Uno de los principales rasgos –por no decir el principal, como han sostenido prestigiosos autores[11]– de la ciencia jurídica romana, que causan admiración por el sentido de lo justo –del derecho– y por la armonía del sistema, es el juego de la *naturalis ratio* –del derecho natural– en la búsqueda de la solución jurídica a los problemas prácticos, con una prudencia y sentido de lo justo nunca sobrepasados.

e) ¿Cuál fue, en síntesis, la concepción romana del derecho natural y positivo? La concepción romana fue aquella que hemos denominado la concepción clásica y, para exponerla brevemente, podemos acudir al pasaje que abre el tratado de Gayo: "Todos los pueblos que se gobiernan por leyes y costumbres, usan en parte su derecho peculiar, en parte el común de todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo estableció para sí, es propio de la ciudad y se llama derecho civil, como derecho propio que es de la misma ciudad; en cambio, el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado por todos los pueblos y se denomina derecho de gentes, como derecho que usan todos los pueblos. Así,

11. Cfr. H. S. MAINE, *El derecho antiguo considerado en sus relaciones con la sociedad primitiva y con las ideas modernas*, ed. castellana (Madrid 1893), pág. 60.

pues, el pueblo romano usa en parte de su propio derecho, y en parte del común de todos los hombres"[12].

Lo primero que muestran estas palabras de Gayo es que el derecho natural, no sólo existe sino que es derecho vigente; derecho que se aplica en el foro: *se usa* (*utuntur*, *utitur*). Dos son, pues, los tipos de derecho que rigen la vida de los hombres y de los pueblos: el derecho natural y el derecho positivo. Mientras el derecho natural lo establece la razón natural, el derecho positivo procede de las leyes y costumbres de cada pueblo constituido en unidad política superior (*civitas*). Hay, por lo tanto, un derecho propio y peculiar –en consecuencia variable– de cada pueblo o *civitas*, denominado *ius civile* (derecho positivo), y un derecho común a todos los hombres, natural, procedente de la *naturalis ratio*.

El derecho natural se presenta como universal en un doble sentido: universal por ser común a todos los hombres y pueblos, y universal porque dicta lo que siempre es bueno y justo[13]. En cambio, el derecho positivo o *ius civile* se refiere a lo útil[14] y por ello es peculiar de cada pueblo y distinto en cada uno de ellos (lo útil varía en el espacio y el tiempo); obedece a la idiosincrasia y a las diversas circunstancias de cada nación, de cada *civitas*.

f) Verdadero derecho y derecho vigente, el derecho natural no se entendió constituyendo un orden o sistema jurídico completo y cerrado que concurriría con el derecho positivo en la solución de los mismos casos dando origen a dos soluciones distintas: la solución de derecho natural por un lado, y la solución de derecho positivo por otro. La idea de dos órdenes jurídicos completos,

12. *Inst.*, I, 1: "Omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur". Ed. cit., pág. 1. Con ligeras variantes vide D. 1, 1, 9, ed. cit., pág. 2.

13. D. 1, 1, 11.

14. D. 1, 1, 11.

separados y concurrentes es ajeno a la mentalidad romana. Las palabras de Gayo son bien elocuentes al respecto: "Omnes populi... partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur". Los pueblos usan *en parte* del derecho natural, *en parte* del derecho propio o civil. El derecho natural y el derecho positivo son *partes* del derecho vigente en cada pueblo, también en el pueblo romano. Más aún que las palabras de Gayo, lo muestra la técnica jurídica romana, que –como se pone de relieve en los ejemplos propuestos– combinó con gran prudencia y arte los factores naturales y positivos en la solución práctica de los casos.

g) El tercer rasgo de la concepción romana del binomio derecho natural-derecho positivo, lo hemos visto ya. El derecho positivo no puede prevalecer contra el derecho natural: "La regla civil (*ratio civilis*) puede alterar los derechos civiles, pero no los derechos naturales"[15]. Por consiguiente, lo justo natural prevalece sobre las disposiciones positivas, de modo que, en caso de que tales disposiciones afecten a un derecho natural, prevalece éste en la interpretación del jurista. No en vano el derecho natural es lo que siempre es bueno y justo, mientras que las disposiciones positivas se refieren a lo útil y son convencionales. Entre la convención humana y lo que es radicalmente bueno y justo, hay que estar por esto último. La regla no puede ser más razonable ni más proporcionada al bien del hombre y de la *civitas*.

h) El derecho procedente de la *naturalis ratio*, natural por tanto, fue denominado de diversas maneras por los juristas romanos: razón natural, equidad natural, derecho común son modos de designarlo que aparecen a lo largo de los textos. Pero fundamentalmente recibió dos denominaciones: *ius naturale* e *ius gentium*. La primera denominación se encuentra en Paulo: "La palabra derecho se emplea en varias acepciones: una, cuando se llama derecho a lo que siempre es justo y bueno, como el derecho natural; otra acepción, lo que en cada ciudad es útil para todo o

15. Vide Gayo, *Inst.*, I, 158, lugar ya citado.

para muchos, como es el derecho civil"[16]. De la segunda da testimonio Gayo en el pasaje antes transcrito.

Las dos denominaciones se encuentran juntas en un texto de Ulpiano de difícil interpretación. El *ius commune* o derecho que usan todos los hombres y pueblos aparece dividido en *ius naturale* e *ius gentium*. El primero sería el común a hombres y animales, mientras que el segundo sería el propio y específico de los hombres[17]. Este paso ulpianeo ha recibido, desde los tiempos medievales hasta hoy, múltiples interpretaciones, dando lugar a la tripartición derecho natural, derecho de gentes y derecho civil, la cual, tras una evolución multisecular, ha terminado por convertirse en derecho natural, derecho internacional y derecho privado de cada Estado[18].

i) En el contexto histórico de la filosofía del derecho, de los juristas romanos interesa sobre todo la proclamación de la existencia de un derecho procedente de la *naturalis ratio* y de otro procedente de la opción humana. Es la misma tesis que encontramos en Aristóteles. En cambio, la terminología resulta ambigua y fluctuante. Lo que más se acerca a la distinción filosófica entre derecho natural y derecho positivo es el ya citado pasaje de Paulo, que divide el derecho entre aquel que es siempre justo y bueno y

16. D. 1, 1, 11: "Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile". Ed. cit., 2 y 3.

17. D. 1, 1, 1-6: "Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus. Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit ... Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur ... Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficimus". Ed. cit., 1 y 2.

Como puede verse, Ulpiano mantiene la división dúplice entre derecho común y derecho propio o *ius civile*. El derecho común comprende el natural y el de gentes. Que ambos forman un solo conjunto lo manifiesta el singular *ei* que Ulpiano aplica unitariamente al derecho natural y al de gentes. En otras palabras, en el foro –en la praxis forense– el derecho común es uno, el cual teóricamente se divide en dos. Es una distinción académica sin valor práctico.

18. Para la evolución del *ius gentium* y su paulatina separación del derecho natural, vide S. RAMÍREZ, *El derecho de gentes* (Madrid 1955).

aquel que se funda en la utilidad. Los demás textos no responden exactamente a esta división filosófica. Ello resulta evidente en Ulpiano, pero también, cuando Gayo dice que el *ius commune* procede de la *naturalis ratio*, está aplicando una categoría –derecho natural– a un sector del derecho vigente que, según muestran otros juristas, sólo en parte le era adecuada. En efecto, autores como Ulpiano[19], Florentino[20] y Hermogeniano[21] atribuyen al *ius gentium* instituciones –como la esclavitud– de las que expresamente se dice, no sólo que no son de derecho natural, sino que son contrarias a él, aunque todos los pueblos entonces conocidos las aceptaban. Según las categorías filosóficas, el *ius gentium* era en parte derecho natural y en parte un derecho común de base positiva. Esto, aunque apenas tiene interés para la filosofía del derecho, lo posee y mucho para la historia de la ciencia jurídica, porque explica la evolución de la noción de *ius gentium* y de las divisiones del derecho que durante no pocos siglos ocuparon la atención de los juristas.

4. EL TRÁNSITO A LA EDAD MEDIA. *a*) En el derecho romano de influencia cristiana, desarrollado sobre todo en el Imperio bizantino y representado por el conjunto de la obra compiladora y legislativa de Justiniano –que en la Edad Media recibió el nombre de *Corpus Iuris Civilis*–, no hubo ningún cambio en cuanto a las líneas fundamentales de la concepción clásica del binomio derecho natural y derecho positivo. A lo ya antes expuesto baste añadir que en las *Instituciones* justinianeas aparecen dos ideas resaltables. Por un lado, el derecho natural se considera de origen divino, como así había sido entendido desde la Antigüedad pagana. De otra parte, se afirma que los derechos naturales son siempre firmes e inmutables, mientras que el derecho propio de cada ciudad se muda con frecuencia, o por consentimiento del pueblo, o por una ley posterior[22].

19. D. 1, 1, 4.
20. D. 1, 5, 4.
21. D. 1, 1, 5.
22. *Inst.*, I, 2, 11: "Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque

b) La función humanizadora del derecho natural dentro del sistema jurídico aparece sin cambios respecto del derecho romano pagano: el derecho natural constituye un elemento corrector de las deficiencias del *ius civile*. Si acaso esta función se acentuó por influencia del cristianismo. Un texto interpolado, D. 12, 6, 64, puede servir de ejemplo: "Si un dueño pagó su deuda a su esclavo después de manumitido, aunque lo hiciera creyendo (erróneamente) que se le podía reclamar aquella deuda por alguna acción, no podrá repetir, pues cumplió una obligación natural. Como la libertad es de derecho natural y la esclavitud ha sido introducida por el derecho de gentes, en la condicción la razón de lo debido o indebido debe entenderse por naturaleza"[23].

c) La caída del Imperio romano de Occidente supuso un largo período de decadencia cultural en la Europa Occidental, en el cual sólo sobresalieron algunas figuras, como Isidoro de Sevilla. El obispo hispalense nos testimonia los saberes de la Antigüedad trasmitidos durante la época anterior a él y, a la vez, nos muestra –por ser él quien influyó con sus escritos– los saberes trasmitidos hasta el renacer cultural iniciado en el siglo IX y, de modo más definitivo, en el siglo XI.

En medio del vulgarismo jurídico, que se extendió hasta la Recepción del derecho romano, Isidoro de Sevilla nos da a conocer la pervivencia de la concepción clásica, a través de la doble distinción entre derecho divino –derecho natural– y derecho humano, y entre derecho natural, derecho de gentes y derecho civil[24]. Podemos ver que Isidoro nos ofrece una distinción teórica –que corresponde a la división filosófica– cuando distingue entre

immutabilia permanent: ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata". Ed. J. B. Moyle (Oxford 1964), pág. 108.

23. "Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale adgnovit debitum: ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intellegenda est".

24. Vide *Etymologiarum sive originum libri XX*, V, 2-4, ed. W. M. Lindsay, SCBO, I (Oxonii 1962).

derecho divino y derecho humano (derecho natural y derecho positivo) y una distinción forense –de la práctica jurídica, por lo demás ya caducada– como era la tripartición romana.

5. EL TÉRMINO "DERECHO POSITIVO". *a*) Las divisiones romanas entre *ius civile*, *ius gentium* e *ius commune* o entre *ius proprium* e *ius commune*, si bien obedecían a un cierto interés teórico, respondían sobre todo al uso forense en el sentido indicado: derecho de extranjería y adaptación del *ius civile*. En la Edad Media, con el profundo cambio de circunstancias sociales y por la extensión del derecho germánico, el uso forense se modificó hasta el punto de perder vigencia práctica la tripartición romana. Sin embargo, los juristas y los hombres cultos conservaron la tripartición durante toda la Edad Media, aunque sin una verdadera aplicación en el foro. Lo que siguió teniendo plena vigencia práctica fue la división bimembre entre derecho natural y derecho de origen humano en los términos de la concepción clásica. Ello dio lugar a la necesidad de encontrar una terminología adecuada para el derecho de origen no natural. El derecho natural recibió este nombre desde la Antigüedad; se encuentra en los sofistas y Aristóteles (*to díkaion physikón*) y ha pasado sin modificación hasta hoy (*ius naturale*, derecho natural). En cambio, no ocurrió así con el derecho positivo que no recibió este apelativo hasta la baja Edad Media.

b) Aristóteles llamó al derecho positivo derecho *legal*, adjetivo que en las versiones y comentarios medievales aparece traducido por *legale* o *legitimum*. Los textos romanos no dieron una denominación específica al derecho positivo, quedando englobado, bien en el *ius civile*, bien en éste y en el *ius gentium*. De Isidoro de Sevilla, como acabamos de ver, es la distinción entre derecho divino y derecho humano. De época posterior no faltan textos que llaman *mores* (costumbres o usos) al derecho positivo, como hemos visto en el Decreto de Graciano.

c) La expresión "derecho positivo" –*ius positivum*– no se generalizó hasta el siglo XIII, conviviendo durante algún tiempo

con las variantes *positum* o *positionis*. El antecedente conocido más antiguo es el comentario de Calcidio –autor del siglo IV d. C.– al *Timeo* de Platón, que distinguió entre justicia natural y justicia positiva[25]. Ya en plena Edad Media la denominación "derecho positivo" se encuentra en Abelardo, quien distinguió entre justicia natural y justicia positiva, y derecho natural y derecho positivo (*ius naturale* y *ius positivum*)[26]. La expresión *ius positivum* (con las correspondientes *lex positiva*, *lex humanitus posita*, *lex positionis*) o derecho positivo se generalizó en el siglo XIII[27].

6. TOMÁS DE AQUINO. *a) Introducción*. En los juristas romanos y en los textos subsiguientes la distinción entre derecho natural y derecho positivo se estableció en términos genéricos, que englobaban tanto lo justo o derecho como la norma jurídica o *lex*. Así, en los textos romanos el *ius naturale* lo mismo comprendía la norma deducida de la *naturalis ratio* que los *iura naturalia* o derechos naturales. Los textos no distinguían claramente entre el *ius* o derecho (lo justo debido a cada uno) y la *lex*. Ya en tan antiguas épocas la palabra derecho o *ius* tenía las distintas acepciones que en su momento se estudiaron.

La distinción entre *ius* y *lex* y, por lo tanto, entre *ius naturale* y *lex naturalis* aparece claramente en Tomás de Aquino, aunque no faltan ocasiones en que el ilustre teólogo utiliza la palabra *ius* (derecho) para designar la norma o el ordenamiento jurídico, según un uso que llega hasta hoy. En efecto, el Aquinate estudió el *ius naturale* o derecho natural y la *lex naturalis* o ley natural en lugares bien diferentes y distantes de su magna obra la *Summa Theologica*. El tratado de la ley natural aparece en la *Prima Secundae* (primera parte de la segunda parte) dentro del tratado de la ley

25. Cfr. *Platonis Timaeus interprete Chalcidio cum eiusdem commentario*, VI, ed. I. Wrobel (Lipsiae 1876, reprod. Frankfurt am Main 1963), pág. 72.

26. Cfr. *Petri Abelardi opera theologica*, II, CCh CM, XII (Turnholti 1969), pág. 153.

27. Vide, para el origen de la expresión "derecho positivo", ST. KUTTNER, *Sur les origines du terme "droit positif"*, en "Revue historique du droit français et étranger", serie IV, XV (1936), págs. 728 ss.; J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, cit., págs. 19 s.

(cuestiones 90 y siguientes), mientras que el derecho natural está estudiado en la *Secunda Secundae* (parte segunda de la segunda parte), dentro del tratado de la justicia (cuestiones 57 y siguientes), en el que se analiza el derecho (el *ius* o *iustum*, lo justo) como objeto de la justicia. Tomás de Aquino se sitúa, pues, en el realismo jurídico clásico, respecto del cual representa el más acabado estudio filosófico. Esto último es especialmente remarcable por lo que atañe a la ley natural; aunque de la ley natural hablaron ya los estoicos, sólo el Aquinate ofrece un sistema completo, verdaderamente único por su profundidad.

b) *La adecuada división del derecho*. Después de definir el derecho como el objeto de la justicia –lo justo–, Tomás de Aquino plantea, en el artículo 2 de la cuestión 57 de la *Secunda Secundae*, la pregunta acerca de la división conveniente del derecho: ¿se divide adecuadamente el derecho en derecho natural y derecho positivo? Dos cosas se deducen ciertamente de este enunciado, confirmadas por el tenor de su respuesta. El *ius* al que se refiere es el derecho vigente, el derecho realmente existente, defendible ante el foro y objeto de la praxis judicial. Por lo tanto, habla de un derecho natural, que es un tipo o clase de derecho vigente. En segundo lugar, la *divisio conveniens* –la división adecuada– supone una división científica, esto es, hecha con criterios científicos. Ya no es la división romana –aunque el Aquinate sigue hablando del derecho de gentes– nacida de la práctica del foro, sino que es una división, que si bien es *real* –en cuanto supone características reales y propias de cada clase de derecho–, está hecha con criterios científicos, los cuales naturalmente tienen una repercusión práctica a la hora de interpretar y usar cada derecho.

Lo dicho indica algo por demás conocido. Tomás de Aquino sigue la concepción clásica del derecho, como lo muestra el simple dato de la cita de Aristóteles (el pasaje antes transcrito) en el *sed contra*, lugar de los artículos de su obra en el que el Aquinate suele enunciar brevemente la opinión que sigue en su respuesta a la pregunta planteada. El *ius*, de cuya división va a ocuparse, es el derecho vigente, el derecho verdadero. Este derecho verdadero,

vigente, se divide en natural y positivo. ¿Cómo se distingue el derecho natural?

c) *El derecho natural*. Para entender la noción tomista de derecho natural es preciso recordar ante todo que para el Aquinate el derecho es la cosa justa (*ipsa res iusta*), lo cual significa que el derecho es –como hemos explicado repetidamente– el bien o la cosa debida a un sujeto que es su titular; y que tal cosa es adecuada al sujeto según cierto modo de igualdad, que es lo que la hace justa. En el cuerpo de la respuesta al art. 2 de la cuestión 57, Tomás de Aquino habla de cosa adecuada *al hombre* (*homini adaequatum*) según la naturaleza de la cosa –por ejemplo, cuando se intercambian bienes equivalentes– o según la convención o pacto. En el primer caso, se trata de un derecho natural, mientras que en el segundo supuesto el derecho es positivo[28]. Aparece, pues, la naturaleza de la cosa como criterio determinativo del derecho natural.

En esto se ha fundado algún autor para afirmar que la doctrina clásica del derecho natural, de la que Tomás de Aquino es representante eminente, no entendía el derecho natural como derecho radicado en la naturaleza humana, sino como armonía o adecuación –igualdad– entre las cosas que se intercambian o distribuyen en el tráfico jurídico según un criterio tomado de la naturaleza de las cosas[29].

Con ello se olvida que el Aquinate habla de cosas *adecuadas al hombre* por la naturaleza de la cosa (*ex natura rei*), de donde se

28. "Según lo expuesto, el derecho o lo justo es algo adecuado a otro, conforme a cierto modo de igualdad. Pero una cosa puede ser adecuada a un hombre de dos maneras. Primera, atendida la naturaleza misma de la cosa; por ejemplo, cuando uno da tanto para recibir otro tanto; y esto es derecho natural. Segunda, por convención o común acuerdo, es decir, cuando alguno se manifiesta satisfecho con recibir tanto; y esto puede realizarse de dos formas: por un convenio privado, como el que se constituye mediante un pacto entre personas particulares; o por convención pública, v. gr., cuando todo el pueblo consiente en que algo se considere como adecuado y ajustado a otro, o cuando lo ordena así el príncipe que tiene a su cargo el cuidado del pueblo y representa su persona. Y esto es derecho positivo". II-II, q. 57, a. 2.

29. Vide por ejemplo M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho*, ed. castellana, II (Pamplona 1981), págs. 132 ss.

deduce que el criterio primero, fundamental y primario del derecho natural es la adecuación al hombre. Los derechos naturales son los bienes o cosas que por su naturaleza son adecuados al hombre, de modo que si en el intercambio de bienes éstos deben ser equivalentes según su naturaleza, es porque eso es lo adecuado al hombre.

Ahora bien, ¿cuál es la dimensión del hombre en relación a la cual en el derecho natural se mide la adecuación al hombre? En las soluciones a las dificultades Tomás de Aquino habla expresamente de aquello que es natural al hombre (*quod est naturale homini*) refiriéndolo a la naturaleza humana[30]. Por lo tanto, los derechos naturales son aquellas cosas que según su naturaleza son adecuadas a la naturaleza humana, esto es, lo justo respecto de la naturaleza del hombre.

No acierta, a nuestro juicio, Villey cuando atribuye a la Escuela moderna de Derecho Natural la teoría de los derechos naturales radicados en la naturaleza humana. La diferencia –eso sí, radical– entre el Aquinate y el iusnaturalismo moderno reside en que Tomás de Aquino sigue el realismo jurídico clásico y, por lo tanto, habla de cosas naturalmente adecuadas al hombre, mientras que el iusnaturalismo moderno se sitúa en el subjetivismo y entiende los derechos naturales como derechos subjetivos: facultades. Lo justo natural o derecho natural no es en Tomás de Aquino un derecho subjetivo, sino los bienes o cosas adecuadas al hombre, esto es, las cosas debidas al hombre por su naturaleza. Los derechos naturales –los *iura naturalia*– son, pues, aquellas cosas que por su naturaleza (naturaleza de las cosas) son debidas al hombre según su naturaleza (naturaleza del hombre), o dicho de otro modo, el

30. Cfr. *Summa Theologica*, II-II, q. 57, a. 2 ad 1: "Lo que es natural a un ser dotado de naturaleza inmutable es forzoso que sea inmutable siempre y en todas partes. Pero la naturaleza humana es mudable, y, por consiguiente, lo que es natural al hombre puede algunas veces fallar. Por ejemplo, es de igualdad natural que se devuelva el depósito al depositante; y, por tanto, si la naturaleza humana fuera siempre recta, esta norma debería observarse en todo caso; mas, como a veces la voluntad del hombre se pervierte, hay ocasiones en que el depósito no debe ser devuelto para que un hombre de voluntad perversa no use mal de él; v. gr., si un demente o un enemigo de la república reclamara las armas depositadas".

derecho natural es lo justo o adecuado a la naturaleza humana por la naturaleza de las cosas[31].

d) *La ley natural.* En la teoría tomista la ley natural es aquel conjunto de dictados de la recta razón que mandan aquellas conductas adecuadas a la naturaleza del hombre y prohiben las contrarias. Tal ley es natural, porque es producto de la razón natural, esto es, de la razón en cuanto naturalmente capta las conductas exigidas por la naturaleza del hombre y las que son contrarias a ella. Pero no es una ley inmanente a la razón, cuyo origen primero sea la naturaleza del hombre; dada la condición creatural del hombre y entendidos los seres creados como una participación creada del Ser Subsistente, la ley natural es, para el Aquinate, una ley divina, que está naturalmente impresa en el hombre por vía de participación de la ley eterna (la ley divina en cuanto está en la esencia de Dios). Por ello, describe la ley natural como una participación de la ley eterna en la criatura racional, esto es, en el hombre[32].

Ley impresa en la razón humana sí, pero sería un error –por lo demás frecuente en muchas personas– pensar que lo impreso en la razón natural es el conjunto de preceptos de ley natural, algo así como en un disco de ordenador están impresos unos textos o unos datos. Una tal visión de la ley natural es completamente ajena a la tomista. Para seguir con el ejemplo del ordenador, lo impreso en la razón natural, según la teoría tomista de la ley natural, es algo así como el *programa* del ordenador, no los textos o los datos.

Para entender esto es preciso comprender la teoría del conocimiento racional que sustentó Tomás de Aquino. El hombre carece de conocimientos (ideas, conceptos, juicios, etc.) innatos, lo mismo si se trata de la razón especulativa que si se trata de la razón práctica. Al venir a la existencia cada hombre, su entendimiento es

31. Como puede advertirse, lo que no concuerda con el realismo jurídico clásico y, en concreto, con el pensamiento tomista no es sostener la existencia de derechos del hombre propios de la naturaleza humana, sino interpretar los derechos naturales como derechos subjetivos.

32. *Summa Theologica*, I-II, q. 91, a. 2.

"sicut tabula rasa in qua nihil est scriptum"[33], como una pizarra limpia en la que nada hay escrito. ¿Qué es, entonces, lo innato de la razón? Por lo que atañe a la razón práctica –que es lo único que aquí nos interesa– lo innato es la potencia o capacidad de saberes y juicios prácticos y la virtud de la sindéresis. Por la virtud de la sindéresis, la razón práctica realiza un juicio fundamental –siempre a posteriori, es decir, a través de la experiencia– llamado primer principio, que por proceder de una virtud innata, es infaliblemente recto (nadie se equivoca en esto): "hay que hacer el bien y evitar el mal". Es decir, el hombre, en orden a su conducta, capta unas cosas como buenas y otras como malas. Y capta lo primero como aquello a lo que hay que tender y lo segundo como lo vitando. Sin duda el hombre puede equivocarse al apreciar una cosa como buena o como mala; en lo que no se equivoca nunca es en que actúa siempre por alguna razón de bien prevalente que advierte en una conducta, aunque a la vez capte alguna dimensión de mal en ella[34].

Como consecuencia de esto, lo innato en el hombre no son los preceptos de ley natural, sino la capacidad razonadora del intelecto humano y la virtud de la sindéresis. La razón, rectificada por la sindéresis, capta el primer principio –infalible, pero no innato– y en función de él deduce los preceptos de ley natural. ¿Cómo los deduce? Entendiendo como bien al que hay que tender las inclinaciones naturales a los fines propios de la persona humana; estas inclinaciones son la manifestación de la naturaleza humana en cuanto que es principio de operación. A la vez, los capta comprendiendo como malo lo que es contrario al bien citado. Por ejemplo, si capta como bueno que la comunicación humana se funde en la verdad, deducirá como precepto de ley natural "hay que decir la verdad" y como prohibición "no mentirás".

Como puede advertirse, la ley natural es una *operación de la razón*[35] (un acto de conocimiento de la razón), que para el Aquinate es de evidencia[36]. Cada precepto de la ley natural es

33. *Summa Theologica*, I, q. 79, a. 2.
34. *Summa Theologica*, I-II, q. 94, a. 2.
35. *Summa Theologica*, I-II, q. 94, a. 1.
36. *Summa Theologica*, I-II, q. 94, a. 2.

captado mediante un acto de razón y como la razón puede errar, los hombres concretos pueden caer en errores acerca de algún o algunos preceptos naturales; por ello, aunque la ley natural sea universal, el conocimiento concreto de ciertos preceptos puede no serlo[37].

Un aspecto importante de la concepción tomista de la ley natural es que se trata de un conocimiento no especulativo, sino práctico, porque se refiere a la conducta humana, la cual se produce en unas circunstancias históricas y en relación a materias que son contingentes. Por lo tanto, los preceptos de ley natural no se deducen de la naturaleza humana a modo de conclusiones especulativas o teóricas, sino que su deducción está influida y marcada por la circunstancia histórica de la conducta; ello implica que los preceptos de ley natural hagan referencia a la conducta en relación a las situaciones históricas; así el precepto "hay que devolver lo depositado al depositante" no obliga si el depositante reclama la devolución del depósito para cometer un delito. Para comprender el sentido que esta historicidad –o en términos más clásicos, mutabilidad– hay que advertir que en pensamiento tomista, la historicidad que puede afectar a los preceptos de ley natural es aquella que afecta a los estados de la naturaleza, puesto que la ley natural es regla tomada de la naturaleza: en cuanto la naturaleza humana puede accidentalmente variar (edad, salud o enfermedad, corrupción moral con las secuelas de violencia, etc.), hay una posible adecuación de la ley natural a esos estados[38].

7. CONCLUSIÓN. Con Tomás de Aquino se cierra el ciclo genético de la doctrina clásica del derecho natural, que era lo que nos propusimos describir en este apartado. Por ello, damos aquí por terminada nuestra exposición histórica. A continuación se intentará ofrecer con cierta amplitud el tema del derecho y de la ley naturales a la luz de dicha doctrina, que es la que responde al realismo jurídico clásico.

37. *Summa Theologica*, I-II, q. 94, aa. 4 y 6.
38. *Summa Theologica*, I-II, q. 94, a. 4.

§ 3. EL NÚCLEO NATURAL DEL DERECHO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho natural, ¿sistema o núcleo? 3. Persona y derecho natural. 4. Componentes del derecho natural. 5. Los derechos naturales. 6. Los deberes naturales. 7. Las relaciones jurídicas naturales. 8. Las normas naturales. 9. El derecho natural como derecho común o universal. 10. Razón natural y derecho natural. 11. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN. *a*) Desde los albores del pensamiento filosófico en Grecia y desde que los romanos consiguieron hacer del oficio de jurista un arte o ciencia, se ha dividido el derecho en derecho natural y derecho positivo. Dos clases o tipos de derecho, admitidos hasta hoy[39], con la importante y extendida excepción del positivismo jurídico que, desde finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, redujo todo derecho al positivo. Con ello, el positivismo cuestionó la existencia del derecho natural, sin que en ningún momento haya conseguido imponer definitivamente sus tesis, a pesar de la virulencia que a veces adoptó y pese a que en varios períodos de su relativamente corta historia tuvo –y sigue teniendo– una apreciable extensión, de modo que en ciertas etapas los positivistas han sido una abrumadora mayoría. Pese a ello, a nuestro juicio, el positivismo es una dolencia de la ciencia jurídica –y de la filosofía del derecho– una distorsión del pensamiento jurídico, cuyo origen es Kant y cuyas raíces son el abandono de la metafísica y el inmanentismo tan presentes en ciertas corrientes culturales y filosóficas de los últimos dos siglos. Sin olvidar que aunque no sean su causa fundamental, no poco contribuyeron al

39. Vide A. VERDROSS, *La Filosofía del Derecho del mundo occidental*, ed. castellana (México 1962); J.A. MÁRQUEZ, *Los enfoques actuales del Derecho Natural* (México 1985); L. RECASENS SICHES, *Iusnaturalismos actuales comparados* (Madrid 1970); E. ROMMEN, *Derecho Natural. Historia. Doctrina*, ed. castellana (México 1950); J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, cit.

positivismo los graves excesos y notorios errores de la Escuela moderna del Derecho Natural –el llamado iusnaturalismo moderno o simplemente iusnaturalismo– que tuvo su principal asiento en Centroeuropa.

Por todo ello, la distinción entre derecho natural y derecho positivo, la existencia del derecho natural y las características particulares de cada una de esas clases o tipos de derecho han pasado a ser un tópico de la filosofía jurídica, tema irreemplazable e imprescindible de todo sistema filosófico sobre el derecho. Es más, la cuestión del derecho natural, tras los embates y negaciones del positivismo jurídico, constituye uno de los temas clave de la filosofía jurídica. Si no es el más decisivo, sí supone uno de los más importantes, de modo que un sistema de filosofía del derecho que prescindiese de tratar de él, sin ocuparse de la cuestión, gozaría de muy escasa credibilidad[40].

b) Es preciso tener en cuenta que aspectos muy importantes de la interpretación del derecho y de la forma de entender el derecho dependen de la actitud que se adopte ante el derecho natural. A su vez, esa actitud es tributaria de las bases filosóficas –la comprensión de la realidad humana– de las que se parte. Desde el

40. En los últimos años, una serie de autores, bajo el rótulo de "Teoría del Derecho" (*Rechtstheorie*) intentan superar la filosofía del derecho, a la que acusan de residuos metafísicos, y con ella la dialéctica iusnaturalismo-positivismo. Dando por supuesto que el iusnaturalismo no es admisible, entienden que tampoco el positivismo clásico es satisfactorio. Por eso, sin que exista acuerdo acerca de un sistema determinado de Teoría del Derecho, disciplina entendida de diversos modos, se intenta alcanzar un tratamiento del Derecho que prescinda tanto del iusnaturalismo como del positivismo clásico. Hablan por ello de un *postpositivismo*. Tal intento está de antemano condenado al fracaso –pese al éxito fulgurante que está teniendo– pues no sólo no resuelve los problemas que el positivismo ha planteado a la ciencia jurídica, sino que los agudiza, porque, más que postpositivismo, es una forma de ultra-positivismo. La Teoría del Derecho –en sus actuales versiones– es, en realidad, uno de los últimos estertores de la decadente y casi fenecida *modernidad*. Salvo que cambie de signo, cosa tan deseable como posible, la Teoría del Derecho carece de verdadero futuro. Sobre el fin de la modernidad, vide A. LLANO, *La nueva sensibilidad* (Madrid 1988); J. BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia* (Madrid 1990).

inmanentismo fácilmente se llega al rechazo del derecho natural y resulta prácticamente imposible admitirlo a partir de la negación de la metafísica, por más que no hayan faltado autores que se hayan inclinado por un iusnaturalismo fenomenológico.

Esta dependencia de la cuestión del derecho natural respecto de las bases filosóficas no quiere decir, sin embargo, que la afirmación del derecho natural sea consecuencia de un sistema filosófico.

No es así. A la existencia del derecho natural se llega desde una experiencia general de la humanidad (v.gr. el homicidio no es una injusticia porque esté castigado en el Código Penal, sino al revés) y consecuentemente ha sido una convicción de los juristas –de muy distintas escuelas– desde los orígenes conocidos, y hasta el siglo XIX lo fue de los filósofos de las más diversas tendencias[41]. No es, pues, el derecho natural el corolario o consecuencia de un sistema particular de filosofía, sino un *dato* que aparece ante la conciencia jurídica de la humanidad, constatado por los juristas e interpretado por los filósofos, de modo que los positivistas no pueden negar el dato, simplemente lo catalogan como dato metajurídico y lo interpretan de diversas maneras.

c) El derecho natural ha recibido, a lo largo de la historia, distintas interpretaciones filosóficas. Cada sistema filosófico lleva consigo una particular interpretación de la realidad, especialmente de todo aquello que constituye su núcleo más radical y fundamental: el modo y extensión del conocimiento humano, el sentido de la vida humana, el constitutivo último de los seres, Dios, etc. La variedad de sistemas filosóficos es un hecho bien conocido. El derecho natural, como realidad humana muy básica –radica en lo más nuclear de la persona humana–, no ha escapado a esta variedad de explicaciones, fruto de las distintas corrientes de pensamiento. Por eso hay que saber distinguir entre el derecho

41. Pueden verse en la ya citada *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*. Más extensamente en G. FASSÒ, *Historia de la Filosofía del Derecho*, ed. castellana en varios volúmenes (Madrid 1978 ss.); A. TRUYOL, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, I, 7ª ed. (Madrid 1982), II, 2ª ed. (Madrid 1982).

natural como tal –un dato de la realidad humana– y las teorías que sobre él se han construido[42]. El derecho natural no es una teoría, es un dato, respecto del cual se han ofrecido teorías diversas. Esta diversidad de explicaciones ha llevado a algunos a mostrarse escépticos acerca de la realidad misma del derecho natural. Puesto que hay explicaciones diversas acerca de él –vienen a decir– resulta ser una realidad no fiablemente cognoscible y, en consecuencia, puede darse por inexistente. Hay que convenir en que esta postura no es razonable; sería tanto como negar la existencia del hombre, porque de él se han dado explicaciones tan contrarias como la escolástica-cristiana y la marxista, o tan dispares como la sofista, la estoica, la kantiana o la existencialista. El argumento carece de base razonable, pues la diversidad de teorías explicativas de una realidad nada dice acerca de su existencia. Una cosa es el derecho natural y otra distinta las teorías sobre el derecho natural.

d) Las páginas que siguen intentan dar una visión de conjunto (sin entrar en cuestiones particulares o de detalle) del derecho natural, según entendemos que corresponde a la filosofía del derecho, prescindiendo de lo propio de la *parte general de la ciencia del derecho natural* –disciplina distinta de la filosofía jurídica, como repetidamente se ha dicho–, de lo cual ya hemos tratado en otro lugar[43]. Nos limitaremos, como es habitual en estas

42. Naturalmente que quienes tienen del derecho natural la idea de raíz kantiana, según la cual tal derecho es una idea o forma pura *a priori*, esto es, una construcción de la razón, ajena a la experiencia, no pueden distinguir entre la realidad del derecho natural y el concepto o noción que las distintas corrientes filosóficas hayan podido construir, ya que, según las tesis de inspiración kantiana, el derecho natural no tiene entidad fuera de la idea. Pero tal imposibilidad es consecuencia de la distorsión kantiana introducida en la teoría del conocimiento. Como ya se ha visto repetidamente, el derecho no es una forma *a priori*, sino una cosa en relación de atribución-deuda; por lo tanto, el derecho natural es aquella cosa ajustada o proporcionada a su titular según un título y una medida naturales. De ahí se deduce la distinción entre realidad e idea o concepto, en cuya virtud la idea puede ser verdadera o falsa, sin que la falsedad sea atribuible a la realidad, sino al entendimiento.

43. Vide J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, cit.

páginas, a exponer la teoría del derecho natural según el realismo jurídico clásico[44].

2. EL DERECHO NATURAL, ¿SISTEMA O NÚCLEO? *a*) Ante todo es necesario, al entrar en la exposición del derecho natural, hacer una precisión terminológica. Ya se vieron antes las distintas acepciones de la palabra derecho –norma jurídica, derecho de la persona, sistema jurídico, etc.– y estas distintas acepciones se aplican al derecho natural. Por eso, si bien el derecho natural en sentido propio y estricto es lo justo natural –o cosa adecuada al hombre por naturaleza–, el término derecho natural se utiliza también según los sentidos análogos antes expuestos. A lo largo de estas páginas usaremos la expresión derecho natural en esos diversos sentidos, unos más amplios –que abarcan todo lo que recibe el nombre de derecho natural (lo justo, norma, etc.)– otros más particularizados. De momento advertimos que utilizamos en este apartado la expresión en su sentido más amplio; después el lector sabrá comprender por el contexto el sentido que, en cada caso, tiene el término derecho natural.

b) La primera idea que, a nuestro juicio, requiere una correcta comprensión del derecho natural es que éste no es un sistema jurídico, orden u ordenamiento jurídico que subsista separado y paralelamente al derecho positivo, que sería otro sistema jurídico: el derecho natural no es un sistema jurídico, sino el núcleo básico, primario y fundamental de cada sistema de derecho u ordenamiento jurídico. En este sentido, en relación a cada contexto social no existen dos sistemas de derecho, el ordenamiento jurídico natural y el ordenamiento jurídico positivo, sino que el sistema jurídico es *único*, un sistema jurídico unitario constituido por el derecho natural y el derecho positivo, o dicho con más precisión, formado por factores jurídicos naturales y factores jurídicos positivos.

44. Otros sistemas iusnaturalistas pueden verse en las obras citadas en las notas 39 y 41.

c) Tanto la doctrina clásica como el moderno objetivismo jurídico –pese a dar al término derecho natural sentidos muy distintos y en parte contrarios– coinciden en cierto sentido en este punto que acabamos de enunciar: el derecho natural es un factor vinculado al ordenamiento jurídico vigente, que o bien forma una unidad con el derecho positivo o es un elemento interpretativo suyo.

Sin embargo, no siempre ha sido así a lo largo de la historia y todavía hay iusnaturalistas que entienden que el derecho natural y el derecho positivo son dos órdenes distintos e incluso separados.

Ya en la Antigüedad los sofistas enseñaron la distinción y contraposición entre *physis* y *nómos*, entre lo justo natural y las leyes propias de la *pólis*. Frente al orden establecido (leyes de la ciudad, sus usos, costumbres, etc.), producto de la sociedad y de sus tradiciones, se alzaría la naturaleza (*physis*) –en cierto sentido distorsionada y aherrojada por el orden establecido (*nómos*)– con un orden natural (la fuerza, el poder, etc.) destinado a destruir y cambiar el orden establecido. Esta distinción y aun contraposición se pierde con los sofistas y propiamente sólo renace –con signo diferente– hasta los tiempos modernos.

La concepción moderna del derecho natural y del derecho positivo como dos órdenes o sistemas jurídicos, completos y paralelos, es propia del *iusnaturalismo* o iusnaturalismo moderno, también llamado Escuela moderna del Derecho Natural. Para el iusnaturalismo moderno, precursor de la Revolución Francesa e imbuido de las ideas racionalistas, el sistema jurídico heredado entonces vigente –de raíces medievales– constituiría el orden jurídico –oscurantista y retrógado– del Antiguo Régimen, que debería ser sustituido por el sistema jurídico de normas *naturales* o derecho natural, entendiendo por tal el sistema jurídico deducido de las luces de la razón, según se entendía esta expresión en aquella época. Nació así la idea de los dos sistemas u órdenes jurídicos paralelos y coexistentes: el derecho natural o sistema jurídico deducido de la razón y el derecho positivo o legislación vigente. Dos sistemas jurídicos, destinado el uno a ser ejemplar del otro (que debería ser reformado) cada uno con su obligatoriedad propia y sus peculiares formas de aplicación. Con ello, el derecho natural

quedaba separado de la vida del foro y del sistema de garantías, que serían sólo propias del derecho positivo –lo contrario de lo típico de la doctrina clásica–, y reducido a un conjunto de normas morales más que jurídicas. De hecho, el iusnaturalismo moderno, de modo implícito o explícito, convirtió con frecuencia –hay excepciones– el derecho natural en moral y la ciencia del derecho natural en filosofía moral. Desaparecido el iusnaturalismo moderno con los albores del siglo XIX, especialmente por el influjo de Kant y de otras corrientes como la Escuela Histórica, la tesis de los dos órdenes jurídicos desapareció en gran parte de la doctrina.

Sin embargo, pese a su incongruencia con la doctrina clásica, adoptada por Tomás de Aquino, la tesis de los dos sistemas de normas –natural y positivo– se encuentra también con bastante frecuencia entre los neoescolásticos, quienes si bien toman muchos elementos de la doctrina tomista, se separan en esto de la doctrina clásica y, por tanto, del Aquinate. Entendiendo estos autores –como se vio– que el derecho natural no es un aspecto –el aspecto jurídico– de la ley natural, sino la misma ley natural, y siendo la ley natural un sistema de normas morales y éticas, el derecho natural constituye para ellos un sistema u orden de conductas personales y sociales, distinto del derecho positivo: la ética social en lo que atañe a la sociedad. Aun en aquellos neoescolásticos que no confunden el derecho natural con la moral y lo entienden como verdadero derecho, es corriente seguir encontrando la idea de los dos sistemas jurídicos.

d) La tesis de los dos sistemas jurídicos no es correcta. Aparte de que en la mayoría de los casos el derecho natural termina por ser entendido como norma moral o ética y despojado de su índole de verdadero derecho, no es posible que en un mismo contexto social confluyan –al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto– más de un sistema jurídico. Supongamos el caso de las normas: si sobre una relación jurídica recayesen dos normas, o el contenido de ellas es el mismo o es distinto; si es el mismo, la norma es una y la duplicidad de fuentes supone la inutilidad de una de ellas; y si es distinto, entonces o las dos normas se anulan mutuamente y constituyen un supuesto de irracionalidad, o una de ellas prevalece,

siendo la otra inválida o ineficaz. Del mismo modo, los derechos sólo pueden tener un fundamento y un título y las relaciones jurídicas nunca son ni pueden ser dúplices. En cada contexto social sólo puede haber un orden o sistema jurídico.

e) Ni el derecho natural ni el derecho positivo son por sí solos sistemas jurídicos completos. En cada contexto social dotado de un sistema jurídico, éste forma una unidad –compleja, con elementos varios, pero unidad– que en parte es natural y en parte es positivo.

¿Qué es entonces el derecho natural? El derecho natural es el *núcleo de juridicidad natural*, que está en la base y en el fundamento de todo el sistema jurídico: la parte natural del sistema jurídico. Ya anteriormente hemos dicho que el derecho es en su mayor parte una construcción cultural del hombre en sociedad y a esa dimensión cultural la llamamos derecho positivo. Pero hemos dicho también que ningún hecho cultural es posible sin un dato natural. El hecho cultural del derecho es imposible sin un núcleo jurídico natural. Ese núcleo jurídico natural es el derecho natural.

Por lo tanto, en la base y en el fundamento de todo sistema jurídico hay un núcleo jurídico que no procede de la invención, del poder o de la decisión humanos, sino que es inherente al hombre. Y eso, y no otra cosa, es el derecho natural, el cual, por lo dicho, es *verdadero derecho*, el núcleo natural del derecho vigente.

f) Visto el derecho natural como el núcleo de juridicidad natural que posibilita la existencia misma del derecho positivo –lo natural que hace posible el fenómeno cultural– se advierte inmediatamente la que en otro lugar[45] he llamado la *aporía positivista*: Si no existe el derecho natural no existe el derecho positivo y si existe el derecho positivo necesariamente existe el derecho natural. Lo cual se deduce claramente de la relación entre naturaleza y cultura. Sin una base natural es imposible el hecho cultural. Por lo tanto, sin el derecho natural o núcleo natural de juridicidad el derecho positivo no podría existir. Pero el derecho positivo existe, luego necesariamente existe el derecho natural.

45. *Introducción crítica...*, cit., pág. 87.

g) En todas las realidades producidas por el hombre –en todo hecho cultural– es imposible separar lo natural de lo cultural, porque lo cultural no es otra cosa que la actualización de las potencias naturales, su desarrollo a través de la inventiva y de la inteligencia, etc. Así, por ejemplo, la música no es separable del sentido estético, de la capacidad de oir, de la de combinar los sonidos, etc. Poniendo otro ejemplo, cada lengua o idioma es una creación cultural, mas el lenguaje forma una unidad con la capacidad anímico-corporal de comunicación que es propia de la persona y con la facultad de hablar y expresarse por signos corporales. Del mismo modo, el núcleo natural de juridicidad y lo jurídico cultural –el derecho natural y el derecho positivo– son inseparables, forman una inescindible unidad, un único sistema jurídico, en el que lo cultural o derecho positivo se funda y deriva del derecho natural, del que es desarrollo.

3. PERSONA Y DERECHO NATURAL. *a*) Pregunta fundamental respecto del derecho natural es la siguiente: ¿dónde inhiere el núcleo natural de juridicidad? Después de cuanto se dijo respecto de la persona humana, la respuesta es sencilla: el derecho natural inhiere en el hombre, en virtud de su condición de persona. En otras palabras, el derecho natural es el núcleo de juridicidad propio de la persona humana, del que ya se habló.

Al hacer la anterior afirmación se está estableciendo un enlace entre el derecho natural y la dignidad humana, pues, como ya vimos, la dignidad consiste en aquella eminencia de ser que constituye al hombre como persona. Claro que para comprender esto resulta imprescindible recordar que por dignidad no entendemos una mera cualidad, sino un *estatuto ontológico*, una intensidad o *quantum* de ser que constituye al hombre en un orden del ser distinto y más elevado que el resto de los seres de nuestro universo. Esta intensidad de ser se manifiesta en que en la persona el acto de ser incluye el orden del deber-ser (que es el reflejo en el hombre del acto puro propio de Ser subsistente). Por lo tanto, es inherente a la dignidad de la persona humana la juridicidad, que, con la moralidad, es expresión del deber-ser inherente a la persona humana, como vimos. El derecho natural es el núcleo natural de

juridicidad que es propio de la dignidad de la persona humana, esto es, el núcleo jurídico del orden del deber-ser que es inherente al estatuto ontológico o dignidad del hombre.

Como sea, pues, que el derecho natural es la expresión jurídica de la dignidad de la persona humana –de su estatuto ontológico–, puede decirse que la persona es el fundamento del derecho natural, en cuanto en ella inhiere y es expresión de su orden del deber-ser. Afirmación ésta que requiere una explicación y aclaración.

b) Esta aclaración se refiere a la relación naturaleza-persona. El fundamento del derecho natural, su raíz, ¿es la persona o es la naturaleza? Porque parece que siendo la persona un ser singular y siendo común a todos los hombres el derecho natural, éste radica más bien en la naturaleza humana que en la persona. He ahí un falso dilema que no han sabido superar los personalismos antes aludidos.

Ya dijimos antes que no hay dignidad sin naturaleza y que la persona es una *sustancia* de *naturaleza* racional, lo que indica que la persona es realización existencial de la naturalea humana. Es una naturaleza humana puesta en la existencia. Ciertamente la persona no es sólo naturaleza, pues a ella se añaden las condiciones singulares de existencia, el conjunto de accidentes –en sentido filosófico– propio de cada persona singular, que la diferencia de las demás. Ahora bien, la dignidad de la persona humana, lo que la constituye a ésta en el orden del deber-ser, no radica en lo singular sino en lo común de la persona; el constitutivo de la dignidad es el estatuto ontológico fundamental o naturaleza racional: el hombre es persona por ser sustancia de *naturaleza* racional. Por lo tanto, la persona es fundamento del derecho natural en virtud de su naturaleza. El fundamento del derecho natural es la naturaleza humana en cuanto existencialmente realizada en la persona humana. En este sentido y sólo en este sentido, decir que el derecho natural tiene por fundamento e inhiere en la persona es equivalente a decir que tiene por fundamento e inhiere en la naturaleza humana. Como lo es decir que el derecho natural es el núcleo de juridicidad o de derecho inherente a la dignidad de la persona humana.

c) En su momento distinguimos entre el plano conceptual y el plano existencial. Si en el primero es preciso distinguir persona (ser singular) y naturaleza (lo común o universal del hombre), en el segundo esta distinción no es posible, pues la persona es una naturaleza existencialmente realizada. Por eso, en el plano existencial resulta indiferente --por equivalente– decir que el fundamento del derecho natural es la persona humana o lo es la naturaleza. En cambio, no ocurriría lo mismo si nos situasemos en el plano conceptual, en el que se debe distinguir lo predicado de la persona como ente singular y lo predicado de la naturaleza humana como universal; en este plano conceptual lo correcto es afirmar que el fundamento y raíz del derecho natural es la naturaleza humana, no la persona (es decir, la persona en su singularidad). Por eso, la pretensión de fundar el derecho natural en la persona, contraponiéndola a la naturaleza, como si tal derecho se fundase en la persona y no en la naturaleza (o sea, el derecho natural entendido como derecho inherente a la persona, o a sus atributos, sin naturaleza), destruye el derecho natural, porque sin naturaleza no hay persona (recuérdese que la persona es una sustancia de *naturaleza* racional), ni dignidad ni, por tanto, ese pretendido derecho inherente a la persona y a su dignidad.

d) No menos desafortunado sería pasar del plano conceptual al plano real cuando se sostiene –como hay que hacerlo en el plano conceptual– que el derecho natural se funda e inhiere en la naturaleza humana, separando naturaleza y persona, como si en el plano de lo real el derecho natural radicase en la naturaleza y no en la persona. En este caso, la naturaleza se tomaría como esencia abstracta de la que se deducirían los derechos naturales y la ley natural. Se trataría entonces de un orden o sistema más o menos completo de derechos y normas de conducta deducidos por la razón, en cierto sentido extrínseco a la persona. El derecho natural sería un producto de la razón, cuya imperatividad residiría en el imperio de la razón. No es así el derecho natural.

Fuera de la persona humana, como algo exterior a ella, no existe ningún orden o sistema jurídico –lo hemos dicho ya– llamado derecho natural, como deducido e imperado por la razón, que se

impondría a la persona desde fuera. Entendámonos. Ciertamente el derecho natural se manifiesta como imperio de la razón, pero este imperio de la razón no es originario, sino derivado, ni radica en la naturaleza abstractamente considerada.

En el plano real, lo que existe es cada persona humana, dotada de dignidad y de una naturaleza existencialmente realizada en ella. Esa concreta persona, con su concreta naturaleza en ella realizada, tiene una inherente dignidad, dotada de un orden del deber-ser, que se manifiesta en una debitud y exigibilidad inherentes a ella con un connatural reflejo jurídico: eso es el derecho natural, que es inherente a cada persona humana. El derecho natural es un derecho concreto --no abstracto--, que está en cada persona humana, a ella es inherente y de su dignidad recibe su imperatividad, esto es, su debitud y exigibilidad. La razón conoce ese núcleo de derecho natural y lo expresa en dictados imperativos; pero la imperatividad no es originaria de la razón, sino de la naturaleza humana, es decir, de la dignidad humana. El derecho natural está en cada persona y, en tanto radica en la naturaleza humana, está en toda persona humana.

En conclusión, el derecho natural no es un orden jurídico abstracto, sino un núcleo de derecho concreto inherente a la persona humana, a todas y a cada una de las personas humanas en virtud de su dignidad.

4. COMPONENTES DEL DERECHO NATURAL. *a*) El derecho natural, como núcleo natural del sistema jurídico (es decir, en el sentido amplio del término que venimos usando), abarca los fundamentales momentos y elementos del orden jurídico: el derecho en sentido propio y estricto –lo justo–, la norma y la relación. Hay, pues, derechos naturales, normas jurídicas naturales o ley natural y relaciones jurídicas naturales.

b) Lo primero que merece ser puesto de relieve es que el núcleo natural del sistema jurídico o derecho natural comporta la *personalidad jurídica*, o sea, la persona humana como sujeto de derecho. En otras palabras, el hombre es persona –en sentido jurídico– en virtud del derecho natural. La personalidad jurídica no

es una creación del derecho positivo, sino un presupuesto del derecho positivo. Ya se vio antes al tratar de la persona y no vamos a repetir lo dicho. Sea suficiente aquí insistir en que la juridicidad es una dimensión natural de la persona humana, un aspecto del deber-ser propio de ella, que lleva consigo la condición natural de la persona como sujeto de derecho. Ser persona ante el derecho es una dimensión de derecho natural propio de la persona humana. Es una propiedad de la dignidad humana, de su eminencia de ser, común, en consecuencia, a todos los hombres.

Por lo tanto, como sea que todo el sistema jurídico se asienta en la personalidad jurídica del hombre, resulta manifiesto que el derecho natural es la base y el fundamento del sistema jurídico, de modo que éste es, ante todo, un sistema de relaciones jurídicas naturales, como sistema de relación y ordenación de las personas físicas (en sentido jurídico), que son tales por derecho natural.

De todo ello se deduce que el derecho positivo estructura y regula las personas físicas, pero no las crea en su personalidad jurídica. La función del derecho positivo respecto de la personalidad jurídica de la persona física se limita a regular determinados efectos de ella en orden a situaciones jurídicas no naturales (las naturales son intangibles). Por ejemplo, si un ordenamiento legal o consuetudinario requiere determinadas condiciones para la eficacia de la personalidad jurídica de un ser humano (v.gr. que nazca vivo y no muera antes de veinticuatro horas), esto no puede interpretarse en el sentido de que antes de que tales requisitos se cumplan, ese ser humano no es persona en sentido jurídico; lo es por derecho natural desde el momento en que comienza a existir en el seno materno, con todos los derechos naturales de los que es capaz –entre ellos el derecho a la vida, a la salud, etc.– y aun de los derechos positivos u otras situaciones jurídicas (intereses jurídicamente protegidos, expectativas de derechos, etc.) que acaso las normas jurídicas positivas le reconozcan. Los citados requisitos se refieren, no a la concesión de la personalidad jurídica, sino a su *eficacia* en orden a determinados efectos de derecho positivo (v.gr. propiedad de bienes, derechos sucesorios, etc.).

c) La personalidad jurídica, por radicar en la dignidad de la persona humana, comporta –ya se dijo en su momento– no sólo la capacidad de ser sujeto de derecho sino la titularidad de una serie de derechos y deberes que dimanan de la dignidad humana: los *iura et officia naturalia* o derechos y deberes naturales. En lo que a los derechos se refiere, el núcleo natural del sistema jurídico está constituido por *lo justo natural* , cosas –corporales o incorporales– que están atribuidas al hombre por naturaleza y le son debidos en justicia según la dimensión de deber-ser propio de la persona.

La persona humana , decíamos, es un ser-en-relación por su peculiar y connatural capacidad de comunicación y en virtud de la socialidad que le es inherente. Pero no se presenta ante los demás vacía de toda debitud o exigencia. Por el contrario, la dignidad de la persona la dota de un ser que le pertenece (dueña de sí) y de libertad. Esto da lugar a que el hombre se presente naturalmete ante los demás con una serie de derechos inherentes a su dignidad: derechos sobre su propio ser y libertades en orden a su desarrollo y a su vida. Hay, en consecuencia, derechos naturales, pues, como decíamos, se trata de cosas proporcionadas y debidas con deuda en sentido estricto.

d) Una de las consecuencias de la dignidad humana consiste –según se decía– en que la naturaleza humana se constituye en criterio normativo de la conducta humana. Respecto del hombre hay un trato digno y un trato indigno y un comportamiento digno y otro indigno.

Todo ello en cuanto tiene una proyección social y atañe al orden de la intersubjetividad es *regla de derecho* o norma jurídica natural. Hay, pues, un núcleo natural de reglas de derecho o normas jurídicas naturales, que forman parte del núcleo natural del derecho.

e) Pero no se limita a lo dicho el núcleo natural del derecho o derecho natural. Pertenece al derecho natural también el núcleo básico y fundamental del sistema de garantías de satisfacción y cumplimiento del derecho que acompaña a todo orden jurídico.

Por una parte, el sistema judicial, si bien en su organización y desarrollo es de derecho positivo, su existencia está postulada por el derecho natural en cuanto es una exigencia de la naturaleza misma del derecho y, por lo tanto, de los derechos naturales y de las normas jurídicas naturales. El momento judicial, el sistema judicial de resolución de controversias, aplicación de penas y cumplimiento de la ley, está exigido por la naturaleza del derecho –sea natural, sea positivo– tal como la dimensión jurídica, por sus características de debitud y exigibilidad, está en la naturaleza humana. La vida social, en cuanto estructurada jurídicamente, está sometida a los vaivenes de la libertad humana, a oscuridades y diferencias de criterio a la hora de determinar lo justo, su titular y su medida, etc., todo lo cual requiere –siendo el derecho debido y exigible– una autoridad social decisoria que *diga el derecho*, que lo declare y lo ejecute. Esto nos indica que el sistema judicial es, en su base y fundamento, en su misma existencia y legitimidad de actuación, de derecho natural, aunque la organización y desarrollo sean de derecho positivo. Un corolario de lo visto es que el sistema judicial está, no al servicio del derecho positivo, sino al servicio del derecho, de todo el derecho, tanto en su núcleo natural o derecho natural, como en su derivación y desarrollo o derecho positivo. Por lo tanto, resulta falso afirmar que el derecho natural carece de garantía judicial; carecerá de tal garantía si los jueces, por su educación positivista, hacen caso omiso del derecho natural; pero esto no es lo correcto, sino una de las principales distorsiones que el positivismo ha introducido en la vida del foro. De suyo el derecho natural cae bajo la garantía del sistema judicial.

f) Por otra parte, también pertenece al derecho natural el sistema de garantía de satisfacción y cumplimiento del derecho por medio de la ejecución forzosa y la coacción. Tanto una como otra, que a efectos de lo que aquí interesa pueden resumirse en la coacción, responden a la naturaleza inexcusable y social de la debitud y exigibilidad del derecho. La coacción no es una superestructura añadida al sistema jurídico por pura invención del hombre, sino que, supuesto el estado de la naturaleza humana, que comporta la falencia del hombre y el consiguiente incumplimiento

del derecho, la coacción aparece como radicada y legitimada por el derecho natural. Adviértase que ya dijimos que el incumplimiento del derecho supone una conducta irracional, sólo explicable por una falencia o decaimiento de la naturaleza humana, lo cual supone un *estado de naturaleza*, capaz de irracionalidad y de infra-humanidad. Por lo tanto, la posibilidad y la legitimidad de la coacción aparecen radicadas en la naturaleza humana, lo cual significa que la coacción está al servicio, no sólo del derecho positivo, sino también del derecho natural. Es un error –uno de tantos errores extendidos– decir que el derecho natural no posee un sistema de coacción. Tal sistema de coacción es el mismo que el del derecho positivo: el sistema de coacción de cada sistema jurídico. Si de hecho esto no se produce, ello es debido (hay que volver a decirlo) a la distorsión producida en la vida jurídica por el positivismo. A la unidad del sistema jurídico –en parte natural y en parte positivo– corresponde un único y el mismo sistema de garantía: el sistema judicial y el sistema de coacción que está al servicio del sistema jurídico.

5. LOS DERECHOS NATURALES. *a*) El derecho, en sentido propio y primario, es lo justo según se vio. El resto de factores del sistema jurídico se llaman derecho por analogía y son jurídicos por su relación con el derecho o cosa atribuida a un sujeto por un título según una medida y debida a él con deuda en sentido estricto. Por lo tanto, el derecho natural en sentido propio y primario es el derecho de la persona, cuyo conjunto hemos denominado en páginas anteriores los derechos naturales o *iura naturalia* inherentes a la dignidad de la persona humana. Este es el derecho natural propiamente hablando; los demás factores del núcleo natural de juridicidad –v.gr. las normas jurídicas naturales o ley natural de índole jurídica– sólo pueden llamarse derecho natural en sentido análogo. Del derecho natural en sentido propio hablaremos seguidamente, no sin antes dejar sentado que se trata del factor principal y fundamental del núcleo natural de juridicidad, que sustenta su existencia, del mismo modo que, en general, el derecho sustenta la existencia del sistema jurídico. Así como sin derecho o cosa justa no existiría el sistema jurídico, sin el derecho natural o lo

justo natural el núcleo natural de juridicidad tampoco existiría; habría acaso ley natural, pero no sería norma jurídica, sino norma moral o ética.

b) ¿Qué es el derecho natural? El derecho natural es *lo justo por naturaleza* o justo natural, es decir, aquella cosa corporal o incorporal adecuada y proporcionada al hombre en virtud de su naturaleza o estructura fundamental ontológica, con la nota de debitud y exigibilidad inherente a la dignidad de la persona humana.

Todo derecho, decíamos, se tiene en virtud de un título y según una medida. Por el título y la medida la cosa constitutiva de derecho se hace adecuada y proporcionada al titular; y por darse una *proportio* o proporción que pertenece al deber-ser, la cosa es justa y por lo tanto debida a su titular y exigible por él. En su momento se vio que la dignidad de la persona humana se revela precisamente en que el orden del ser al que pertenece el hombre comporta un orden del deber-ser, como reflejo y participación del ser en acto puro. En este contexto, la dignidad de la persona humana se plasma en que la persona humana es *domina*, dueña de sí y de su propio ser; y es libre, lo mismo como manifestación de su dominio sobre sí (libertad fundamental), como respecto a unas esferas de autonomía y de actuación (libertad de autonomía y libertad de iniciativa).

Todas estas características implican un conjunto de cosas que por naturaleza (por la dignidad personal) pertenecen a la persona humana. Le son adecuadas o proporcionadas por naturaleza, según la dimensión de deber-ser propia de la dignidad de la persona humana. En otras palabras, son cosas que le están atribuidas por un título natural según una medida también natural, cosas que le son debidas por naturaleza. Son los derechos naturales. Constituye, pues, el derecho natural toda aquella cosa que está atribuida al hombre por un título natural según una medida natural.

c) ¿Cómo se generan y determinan los derechos naturales? Quizás se podría pensar en la posibilidad de una lista cerrada y definitiva de derechos naturales obtenidos por deducción de la

naturaleza humana. Tal idea, propia del iusnaturalismo moderno y, en parte, de la neoescolástica desviada a la que antes nos referimos, supone una incomprensión de la verdadera naturaleza del derecho natural. El derecho natural, cada derecho natural, por ser derecho, esto es, por estar inmerso en las relaciones sociales humanas, que son históricas y evolutivas, surge de la dignidad humana al entrar el hombre en cada relación social según las circunstancias y las situaciones. En cada una de ellas la dignidad humana se presenta con unas exigencias –unas permanentes y constantes, otras modalizadas por las circunstancias y situaciones– que hacen surgir los concretos y particulares derechos naturales.

Los derechos naturales, más que unos derechos sueltos, son un entramado de derechos, como eslabones de una cadena, concreción y determinación de una raíz común, por lo cual la distinción y delimitación entre unos y otros no siempre presenta perfiles nítidos. Podríamos hablar de un único y genérico derecho natural fundamental, que se concreta y determina en una serie de derechos naturales concretos y determinados, que, teniendo existencia propia, no son otra cosa que concreciones del derecho natural fundamental.

Ese derecho natural fundamental de la persona humana es el *derecho a ser*. Y como el ser del hombre tiene por condición la libertad y es un ser dinámico, que tiende –como aspecto del deber-ser– a unos fines naturales, los cuales constituyen el desarrollo y perfección de su ser, el derecho natural fundamental puede ser descrito así: *el derecho de la persona humana a su ser, a su libertad y al desarrollo de su personalidad* (los fines naturales del hombre). Todo ello según está en la naturaleza.

Aunque a veces los juristas hablan de derechos indeterminados y genéricos –y de ello nos hemos valido en las líneas anteriores– en propiedad de lenguaje esos derechos no son tales, sino situaciones jurídicas distintas, pues todo derecho se constituye por cosas concretas y determinadas. En este sentido, al derecho natural fundamental, lo llamamos derecho conscientes de que el lenguaje no es exacto. Para ser exactos, deberíamos hablar de *núcleo* o *raíz* de debitud y exigibilidad inherente a la dignidad de la persona humana, a su naturaleza. Este núcleo o raíz de debitud y de

exibilidad da lugar a los derechos naturales concretos dentro de las distintas relaciones, situaciones y circunstancias en las que se encuentra la persona humana. Repetimos que de esos derechos concretos unos son permanentes y constantes (v.gr. derecho a la salud, a la alimentación, etc.) y otros, siendo en su raíz también constantes, sin embargo están *modalizados* (reciben distintas modalidades sin poder ser negados) por las situaciones y las circunstancias (por ejemplo, derecho de libre circulación).

De ello se deduce que hay que saber resistir la tentación de pretender una enumeración cerrada y exhaustiva de los derechos naturales. Toda enumeración de los derechos naturales debe ser abierta y está parcialmente sometida a la situación histórica, social y cultural, de los hombres, así como a la diversidad de criterios científicos de clasificación (v.gr. hay autores que incluyen la alimentación dentro del derecho a la vida o a la salud y otros lo consideran como un derecho distinto).

d) Los derechos naturales surgen del derecho natural fundamental en relación a los tres elementos en los que se funda: el ser del hombre, su libertad y sus fines.

En primer lugar el ser del hombre. Llamado a la existencia, exige ser y bien ser (bien estar), de donde dimanan derechos tales como el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y mental, etc. Son, pues, derechos naturales los bienes inherentes al ser del hombre. Estos bienes pueden desglosarse en cuatro: su cuerpo y espíritu considerados en sí mismos y en su integridad, las potencias anímicas y corpóreas (sentidos, capacidades de obrar, voluntad, entendimiento, etc.), las operaciones naturales del hombre (la naturaleza es principio de operación y por tanto las operaciones pertenecen a la naturaleza) y los bienes que son objeto de esas operaciones, sin los cuales las operaciones no serían posibles (v. gr. sin alimentos no es posible comer; por consiguiente, los alimentos son derechos naturales). Y aún podríamos añadir un quinto bien: la socialidad, que da lugar al derecho de formar parte de la sociedad política y al derecho de asociación.

En segundo término, constituyen derechos naturales las esferas de libertad, que corresponden al hombre por naturaleza: autodeter-

minación en el consentir y en el obrar, inmunidad de coacción (como es el caso de las libertades religiosa, de pensamiento y de conciencia) y libertad de iniciativa.

En tercer lugar, cabe referirse a los fines naturales del hombre o desarrollo de su personalidad. Los fines del hombre dan lugar a derechos naturales por dos razones: a) porque integran el orden del deber-ser propio de la dignidad de la persona humana; y b) porque están en germen en la naturaleza en forma de *inclinationes* naturales, que son estructuras que contienen tendencias o apetitos racionales y "la característica más propia de cualquier naturaleza racional es moverse según el apetito que le es propio"[46]. En otras palabras, los fines naturales implican que el ser del hombre está *ordenado* a dichos fines –*ordinatio ad fines*– lo que comporta, no sólo la tendencia, sino también la conformación del ser humano a los fines mediante potencias, estructuras corpóreas, etc., todo lo cual constituye la *inclinatio* natural. De los fines naturales del hombre nacen derechos naturales, tales como el derecho al matrimonio, el derecho al trabajo y al ocio, el derecho a la educación, etc.

e) Como ya se puso de relieve en páginas anteriores, conviene insistir en que los derechos naturales no son derechos abstractos, sino derechos concretos. Los derechos naturales son verdaderos derechos –en el sentido más propio y estricto del término–, pertenecen a la vida jurídica y a la vida del foro al igual que los derechos positivos. Pero los derechos abstractos no son derechos, sino producto de nuestra razón; un derecho es concreto y determinado (al menos determinable) o no es un derecho, sino una situación jurídica distinta. Los derechos naturales son cosas concretas y determinadas (en algunos casos determinables), tan concretas y determinadas o determinables como el ser de cada persona, su vida, su pensamiento y su conciencia, su necesidad de alimentación y educación, la recompensa económica de su trabajo, etc. No hay nada de abstracto en los derechos naturales.

46. Cfr. MÁXIMO EL CONFESOR, *Opúsculo 3*, en PG 91, 45-46.

Otra cosa distinta es que el *enunciado* de estos derechos –al igual que ocurre con los derechos positivos– se haga normalmente por medio de abstracciones, según la capacidad abstractiva y universalizadora de nuestra razón. Frecuentemente –en todos los órdenes del conocimiento– nuestro intelecto enuncia y enjuicia por medio de abstracciones. También esto ocurre con el derecho natural. Pero esos enunciados abstractos son formas de conocimiento y de lenguaje de gran utilidad, productos de la manera de operar nuestra razón, no los derechos naturales en sí mismos. Los derechos naturales, concretos y determinados o determinables, existen en cada persona humana, en cada relación social o sistema de relaciones sociales. Y como derechos concretos actúan y están presentes en la vida de los hombres y deben estarlo en la vida del foro.

6. LOS DEBERES NATURALES. *a*) La dignidad de la persona humana es fundamento y raíz, no sólo de derechos, sino también de deberes. Lo es en el plano moral, del cual aquí no tratamos, y lo es en el plano de las relaciones sociales de naturaleza jurídica, dando lugar a deberes jurídicos naturales; son los que aquí llamamos deberes naturales.

Hablar de deberes fundados y radicados en la dignidad del hombre supone, por una parte, que su fundamento y raíz es la naturaleza humana; por otra parte, implica que derivan de la eminencia y excelencia del ser humano y, por lo tanto, radican en el orden del deber-ser de la persona humana. Son manifestaciones de las notas de debitud y exigibilidad características del ser humano como persona. La dignidad humana comporta que el hombre *debe* y *exige* ser (permanecer en la existencia según el orden de su naturaleza) y desarrollarse de acuerdo con sus fines naturales. De ahí nacen los deberes naturales.

Los deberes naturales no pueden entenderse, pues, como limitaciones, cargas o situaciones desfavorables; por el contrario, son expresiones de la eminencia y perfección del ser humano, de su grandeza de ser y de la alteza de su realización personal, que la dignidad humana postula como deber-ser (virtud o perfección).

b) Los deberes naturales pueden agruparse del siguiente modo: 1º) Los deberes correlativos a los derechos naturales, pues a todo derecho de un titular corresponde el deber de satisfacerlo por parte del deudor. Según la fórmula de la justicia –"dar a cada uno su derecho"– resulta obvio que a cada derecho natural corresponde el deber de *darlo*, de satisfacerlo por parte del sujeto del *debitum* de la relación jurídica. En los derechos naturales, el deudor o titular del deber puede ser una persona singular (o todas si son derechos *erga omnes*), grupos sociales o la comunidad política.

2º) Existen los deberes naturales derivados de la socialidad humana, que crea entre los hombres un vínculo de solidaridad. Ello da lugar a una serie de deberes jurídicos de solidaridad cuando corresponden a un bien que es derecho de la persona. Así, por ejemplo, el derecho a la vida hace surgir el deber de auxilio en caso de peligro de muerte.

3º) Hay también una serie de deberes naturales que corresponden a la justicia legal, esto es, los deberes naturales de contribuir al bien común de la comunidad política y de la comunidad humana en general. De este modo, aparecen deberes naturales, tales como contribuir con los bienes materiales propios a las necesidades de la comunidad política (generalmente concretado por forma histórica en la obligación de pagar los impuestos justos), la obediencia al poder legítimo, la defensa frente a los enemigos exteriores, etc.

c) ¿De dónde surgen los deberes naturales? Su fuente –o mejor, su raíz y fundamento– es la misma de los derechos: el ser del hombre de una parte, y de otra, el desarrollo de la personalidad a través de los fines naturales del hombre. En último término, el fundamento, el título y la medida de los deberes naturales es la naturaleza humana, no abstractamente considerada, sino existencialmente presente en cada persona humana y, por tanto, contemplada en la situación histórica y circunstancial de la persona, que puede modalizar el ejercicio de los deberes (no los deberes mismos, que son permanentes y constantes).

De lo dicho se desprende que hay deberes naturales respecto del ser del hombre: el deber de conservar la vida, el deber de recuperar

y mantener la salud, el deber a la correcta nutrición, el deber de ofrecer seguridad a las personas, el deber de respeto a su libertad y autonomía, etc. Hablamos, no de deberes morales (los que tiene cada hombre respecto a su ser), sino de verdaderos deberes jurídicos de justicia conmutativa, distributiva y también de justicia legal (deber del hombre respecto de esas materias en relación a la sociedad).

Asimismo hay deberes de justicia –conmutativa, distributiva y legal– respecto de los fines del hombre, los cuales –según distinta medida– son verdaderos deberes (algunos no lo son, sino que se limitan a ser libertades), pues el desarrollo de la personalidad –que se realiza por la obtención de los fines naturales del hombre como ya dijimos– no es sólo una posibilidad ofrecida al hombre, sino un núcleo de debitud y exigibilidad de la dignidad humana, aunque tenga ciertos aspectos de libertad de elección. Y como los fines naturales del hombre, en su mayor parte, no se obtienen por la acción solitaria de la persona, sino que se alcanzan en sociedad y comunidad, se generan verdaderos deberes jurídicos de la persona de tender a ellos, así como el deber de los demás y de la sociedad de que nadie quede marginado en el proceso de tendencia hacia esos fines.

d) Una pregunta que puede hacerse en relación con los deberes naturales, es la siguiente: ¿los derechos naturales derivan de los deberes naturales? Viene a cuento la pregunta, porque hay autores para los cuales los derechos naturales derivarían de los deberes. Así, por ejemplo, puesto que el hombre tiene el deber de conservar la salud, tendría el derecho a la salud; como tiene el deber de trabajar, existiría el derecho al trabajo. Los ejemplos podrían multiplicarse. A nuestro juicio esta postura obedece a una confusión.

La confusión está, a nuestro juicio, en no advertir que tanto los derechos como los deberes naturales –en cuanto derechos y deberes concretos y determinados– obedecen a una raíz común: el deber-ser propio de la dignidad humana. En la raíz de unos y otros existe un deber-ser, la debitud y la exigibilidad propios de la persona humana. Este deber-ser se plasma en deberes morales,

derechos naturales y deberes jurídicos asimismo naturales. La opinión a la que nos estamos refiriendo, a nuestro entender, confunde el deber-ser radical de la dignidad humana con los deberes naturales.

Baste observar que –como se ha dicho– una serie de deberes naturales son el contrapunto de los derechos naturales: el deber de respetar, satisfacer y cumplir el derecho. En todos estos casos, se trata de lo que es general y propio de la realidad jurídica: el derecho es una cosa debida, por lo que a todo derecho corresponde una deuda; aquí la primacía es del derecho, no del deber, como ya tuvimos ocasión de poner de relieve al hablar del sistema jurídico como un sistema de deberes.

Derechos y deberes naturales tienen todos la misma raíz: el deber-ser propio de la naturaleza humana (de la dignidad de la persona humana), pero, salvo en el caso anterior (y entonces la primacía es del derecho), en los demás casos los derechos y los deberes son expresiones multiformes y complementarias de ese deber-ser radical, sin que pueda establecerse una relación de derivación necesaria entre unos y otros.

e) Al igual que ocurre con los derechos, los deberes naturales no son abstractos, sino concretos. Como lo dicho respecto de los derechos es aplicable a los deberes, nos remitimos a lo escrito para aquéllos.

7. LAS RELACIONES JURÍDICAS NATURALES. *a*) Puesto que existen derechos y deberes naturales es obvio que existen relaciones jurídicas también naturales. Por eso, si entendemos el ordenamiento jurídico como un sistema de relaciones jurídicas, el núcleo natural de juridicidad está constituido por un núcleo de relaciones jurídicas naturales.

Este hecho es una consecuencia natural de una dimensión de la persona humana: su socialidad. Ya dijimos que la socialidad no es *sociabilidad*, esto es, capacidad y potencia para que el hombre se constituya en sociedades y comunidades, sino que el hombre es por naturaleza socio de los demás. Por lo tanto, por naturaleza existe una serie de relaciones sociales, de las cuales muchas –tantas

cuantos derechos y deberes naturales existen– son relaciones jurídicas.

b) A esto hay que añadir una serie de relaciones sociales que dimanan de la naturaleza y configuran sistemas o instituciones de derecho natural, esto es, que no son productos culturales –aunque la cultura pueda influir en cierta manera en algunos aspectos accidentales–, sino sistemas o instituciones de derecho natural. Lo cual lleva consigo que tales sistemas o instituciones –con mayor o menor intensidad según los casos– no están totalmente regulados por el derecho positivo, sino que su estructura fundamental está regulada por el derecho natural. Los principales de estos sistemas o instituciones son: a) la comunidad política; b) el matrimonio; c) las relaciones paterno-filiales; y d) la comunidad universal de todos los hombres y pueblos.

8. LAS NORMAS NATURALES. a) Al tratar de la dignidad de la persona humana se puso de relieve que la naturaleza humana –y con ella la dignidad de la persona– está constituida como regla o criterio de conducta personal y social; contiene, pues, una normatividad o ley, es *norma de conducta*, que recibe comúnmente la denominación de ley natural. El aspecto de mayor relevancia de tal normatividad –por su relación con la perfección y desarrollo de la persona, así como por sus consecuencias– es el aspecto moral, tanto de ética personal como de ética social, por lo que corresponde principalmente a la filosofía moral el estudio de la ley natural (qué es, cómo se conoce, cuáles son los primeros principios, etc.). En consecuencia, y una vez establecido firmemente en su lugar que la filosofía del derecho no es filosofía moral, no entraremos aquí en la temática propia de la filosofía moral; nos limitaremos a estudiar la normatividad natural desde el punto de vista jurídico, esto es, en cuanto se constituye parcialmente como norma jurídica natural, en cuanto es *derecho* natural y, por ello, atañe al oficio del jurista y forma parte del núcleo natural de juridicidad de todo sistema jurídico.

b) Las normas jurídicas naturales son aquel conjunto de reglas o criterios de conducta que derivan de la dignidad de la persona humana –normas de conducta exigidas por la dignidad del hombre– y que actúan en el orden social como estatuto o regla de derecho, es decir, de lo justo legal, distributivo o conmutativo. Constituyen, pues, el núcleo básico de normas jurídicas propias del sistema de derecho, cuyo carácter de deber-ser y la regla que contienen se originan en la naturaleza humana. No proceden, por lo tanto, de la voluntad humana o del consenso social, sino de la estructura fundamental del ser humano o naturaleza, que es una naturaleza *digna*.

c) Reiteradamente se ha indicado que la eminencia e intensidad o *quantum* de ser del hombre –que es lo que llamamos dignidad de la persona humana– contiene un orden del deber-ser. El hombre exige ser, desarrollarse hacia su perfección y ser objeto de un trato adecuado y proporcionado a su dignidad, que es tanto como decir a su naturaleza. Esta debitud y exigencia, además de originar derechos y deberes naturales, da lugar a normas de conducta en las relaciones humanas intersubjetivas, en el orden jurídico, que son las normas jurídicas naturales o ley jurídica natural. Dicho en otras palabras, la dignidad de la persona humana, lejos de residir en la anomía (ser cada persona subjetivamente su propia ley), genera un deber-ser que, además de ser personal (y ello principalmente), da lugar a normas de trato interpersonal o social que es estatuto de lo justo: la norma jurídica natural. En virtud de su dignidad, la persona humana no puede ser tratada *ad libitum*, pues lo impide la debitud y la exigencia contenidas en su naturaleza. La dignidad del hombre proporciona unos criterios o reglas de conducta –lo ajustado a la naturaleza humana–, que son el *obrar digno* de la persona y de los demás respecto de la persona. En esto consiste la ley natural y, en lo que tiene de jurídica, el conjunto de normas jurídicas naturales.

d) En su momento dijimos que la norma jurídica es una norma obligatoria o vinculante. A la vez pusimos de relieve que la obligación o vinculación no va unida a que la norma sea producto

del poder social (v. gr. el pacto entre iguales puede ser fuente de una norma jurídica). ¿Dónde reside la obligatoriedad de la norma jurídica natural?, ¿qué es lo que la hace vinculante y de debido cumplimiento?

La respuesta viene dada por cuanto se ha dicho anteriormente: la norma jurídica natural es obligatoria y vinculante, porque pertenece al orden del deber-ser inherente a la naturaleza humana, a la dignidad del hombre. Es ese deber-ser inherente a la dignidad humana lo que hace debida u obligatoria la norma jurídica natural. En otras palabras, es la obligación o vinculación inherente a la naturaleza humana en virtud de la índole exigente del ser personal.

Esta vinculación u obligatoriedad es más radical y profunda que la imperatividad de la norma positiva. Esta última procede, en definitiva y según vimos, de la función de gobierno y es extrínseca a la persona; esto significa que es fruto de una elección racional del gobernante, por lo que carece de suyo de una intrínseca razón de imperatividad: sólo se sustenta en la función rectora del poder. Y respecto de las personas, el poder no es dominio incondicionado, sino servicio. El deber-ser de la norma positiva se sustenta a fin de cuentas en la necesidad del poder en la sociedad, en cuanto ésta necesita de una función ordenadora y regidora. En cambio, la obligatoriedad o fuerza vinculante de la norma jurídica natural es intrínseca a la persona misma y deriva de su dignidad o naturaleza digna, de su intrínseco orden del deber-ser constitutivo de la persona. En la norma jurídica natural está en juego la dignidad inherente a la persona humana, el trato digno y naturalmente justo o el trato indigno y por ello degradante e injusto. El deber-ser natural es mucho más radical y profundo, que el deber-ser que procede de la norma positiva, porque procede del constitutivo esencial de la persona.

e) ¿De donde proviene el *contenido* de las normas jurídicas naturales? Como sea que la norma jurídica es una *ratio* o estructura, el contenido de las normas naturales procede –pues tienen su origen en la dignidad humana– de la estructura fundamental del ser humano (naturaleza), esto es, de su ser y de sus *inclinationes* naturales, expresión éstas de los fines naturales

(desarrollo de su personalidad). Así, pues, por una parte , hay una serie de normas jurídicas naturales que se refieren a la conservación del ser del hombre (vida, salud, etc.), a su integridad física y moral, a su libertad y a su seguridad. Otras, atañen al desarrollo de su personalidad (matrimonio, educación, trabajo, etc.). Otras, en fin, se relacionan con la índole social del hombre: paz entre los hombres y los pueblos, asociacionismo, comercio, etc.

f) Las normas jurídicas naturales constituyen el núcleo normativo y regulador de conductas, que es la base y fundamento del sistema jurídico, que da a la sociedad humana un orden fundamental –el orden de la dignidad humana–, un núcleo de orden social justo conforme con la naturaleza humana y, por lo tanto, con la dignidad del hombre.

Las líneas básicas de este orden social justo son: 1º El desarrollo de la personalidad de la persona o cumplimiento de sus fines naturales; 2º la solidaridad o lazos de mutua ayuda entre los hombres –lo que supone la paz– y los pueblos; 3º la ordenación del matrimonio y la familia; 4º el respeto a los derechos naturales; 5º el cumplimiento de los deberes naturales; 6º la obediencia al poder legítimo y a sus normas racionales; 7º la ordenación política de la sociedad conforme al bien común y de acuerdo con la condición de miembro activo propio del ciudadano (principio de participación).

g) De modo similar a lo que ocurre con los derechos y deberes naturales, las normas jurídicas naturales, al tener su origen en la persona humana, no forman una especie de legislación o código extrínseco al hombre de carácter unitario. Por una parte, son normas intrínsecas a la persona humana, según se ha visto; y por otra parte, están en cada una de las personas humanas y en todas ellas. Son deber-ser que está en la persona humana. Pero no es menos verdad que estas normas naturales son también *normas de la sociedad como tal*, esto es, no son sólo normas individuales, sino normas que rigen la sociedad de los hombres y por eso son normas comunes y generales de la comunidad humana en cuanto tal, a modo de ley, por lo que reciben propiamente el nombre de ley natural.

Para entender este hecho es preciso tener presente la nota de socialidad propia de la persona humana. El hombre no es un ser aislado, sino que forma sociedad con los demás hombres, en virtud de su inherente comunicabilidad. Por lo tanto, las normas naturales de las que estamos hablando son aquellas normas de ley natural, que regulan la socialidad humana en cuanto ésta se plasma en la sociedad o comunidad humanas. Son las reglas de la sociedad exigidas por el ser del hombre relacionado con los demás y constituido en sociedad y comunidad. Las normas jurídicas naturales son las normas naturales de la sociedad humana, en cuanto entramado de personas, dotadas de dignidad, según lo que –como hemos indicado reiteradamente– comporta la dignidad: una estructura fundamental del ser humano, ordenada a unos fines naturales, con una eminencia o *quantum* de ser que incluye un orden del deber-ser. Puesto que los hombres están constituidos en sociedad, la norma natural que regula la sociedad se hace ley de la sociedad, ante la cual hay el deber de cumplirla.

Por lo tanto, las normas jurídicas naturales son verdaderamente jurídicas, porque su obligación, al ser normas de la sociedad, es de justicia legal. Su cumplimiento es un deber de justicia legal, además de lo que puedan comportar de deberes de justicia conmutativa y justicia distributiva.

9. EL DERECHO NATURAL COMO DERECHO COMÚN O UNIVERSAL. *a*) Según hemos visto, el derecho natural –tomando de nuevo esta expresión en sentido general– dimana de la persona humana, de su dignidad y, por consiguiente, no de lo singular o peculiar de cada persona, sino de lo común o universal, esto es, de la naturaleza humana. Por lo tanto, el núcleo natural de juridicidad de la persona humana se manifiesta en todas las personas humanas en la igualdad de derechos y en la misma e idéntica normatividad, supuestas las mismas situaciones y circunstancias. Resulta así un derecho común y universal de la humanidad, capaz de ser reducido a enunciados racionales universales, que, si bien no son de suyo el derecho natural, constituyen su forma de expresión conforme a la capacidad abstractiva del intelecto humano.

Con razón los juristas romanos llamaron al derecho natural *ius commune* o derecho común a todos los pueblos. Todos los hombres y todos los pueblos se rigen por el mismo derecho natural, porque allí donde se encuentran dos o más personas, allí opera el núcleo natural de juridicidad, allí se genera una relación jurídica, o un complejo de ellas, cuyo contenido son los derechos naturales; y allí las conductas interpersonales o sociales son reguladas por las normas que dimanan del deber-ser inherente a la dignidad del hombre.

b) Los derechos naturales o *iura naturalia* tienen por fundamento y por título la persona humana en su naturaleza; dicho, de otra manera, si distinguimos conceptualmente naturaleza y persona, la naturaleza constituye el fundamento y el título de los derechos y la persona es su sujeto. Por radicar en la naturaleza, todo hombre, en virtud de su condición de persona, tiene todos los derechos naturales –aunque pueda haber diferencias en la modalidad de algún derecho y aunque su eficacia y su ejercicio están sometidos a la dimensión de historicidad en cierta medida–; en consecuencia, los derechos naturales son iguales en todos. En el ámbito de los derechos naturales existe la más plena y verdadera igualdad de derechos. Puede, pues, hablarse de unos derechos universales y comunes a todos los hombres.

c) Siendo igual la naturaleza en todos los hombres, como estructura fundamental de su ser, común a todos ellos, el deber-ser inherente a la dignidad de la persona humana se manifiesta en toda relación social en las mismas normas de conductas intersubjetivas; a igual naturaleza, igual dignidad y, en consecuencia, iguales normas de deber-ser en las conductas interpersonales. Hay, pues, un conjunto de normas jurídicas universales y comunes a toda la sociedad humana, que se resume en la expresión clásica *ley natural*.

d) Como puede advertirse por cuanto se ha dicho antes, el derecho natural es un derecho universal y común en un doble sentido: 1º por ser igual en todos los hombres; 2º por ser un núcleo

de orden jurídico que se extiende a todos los hombres y todos los pueblos, esto es, a toda la humanidad.

En este segundo sentido, hay que evitar un error de perspectiva: el derecho natural no es un derecho universal y común, en cuanto un sistema jurídico universal con un centro o fuente únicos que, a modo de estructura jurídica extrínseca, desde fuera de la persona, regulase la comunidad humana. El derecho natural, tanto los derechos naturales como la ley natural, está en cada persona humana, en ella inhiere; se hace universal y común –es derecho de toda la humanidad– en virtud de la socialidad humana, que une a todos los hombres en un entramado de relaciones jurídicas; el derecho natural tiene tantos centros o fuentes como personas existen. Ahora bien, por la unidad del entramado de relaciones jurídicas puede hablarse de la *comunidad humana universal* (la socialidad de la persona humana tiene dimensiones universales), que constituye una comunidad jurídica u orden jurídico universal, aunque hoy por hoy incompleto, en diversos aspectos de su universalidad (falta de un eficaz y completo sistema internacional de garantías, por ejemplo).

10. RAZÓN NATURAL Y DERECHO NATURAL. *a*) Es una afirmación común de la doctrina clásica que el derecho natural procede de la *naturalis ratio*, de la razón natural, de modo que al derecho natural se le ha llamado *ratio naturalis* o *aequitas naturalis* como tuvimos ocasión de ver. Con la apelación a la razón se está poniendo de relieve que el derecho natural no procede de la voluntad humana –eso es el derecho positivo–, sino que es algo *dado*, objetivo, que la razón descubre y conoce como lo adecuado –lo justo– al hombre, no según las construcciones culturales o la estructuración jurídica y social humanas, sino según naturaleza. El derecho natural procede de la razón, porque no es construido, sino descubierto como un factor jurídico existente naturalmente en la realidad humana. Por lo tanto, si el derecho natural no se construye, sino que se descubre o desvela, lo que el hombre hace respecto de él es captarlo, conocerlo, lo cual es propio de la razón.

b) ¿Por qué se habla de razón *natural*? ¿Qué quiere decir natural aplicado a la razón? El adjetivo natural aplicado en este caso a la razón significa tres cosas: 1ª. En primer lugar, razón natural significa que no se trata de la razón en cuanto constructiva o inventiva, ni en cuanto razona y actúa según esquemas culturales; la expresión razón natural quiere decir que la razón se limita a descubrir y desvelar directa e inmediatamente la realidad humana sin la mediación de esquemas filosóficos, científicos, culturales, etc. Es pura razón descubridora. Eso no significa que no tenga en cuenta datos filosóficos o científicos, pero en tales casos lo filosófico o lo científico es puro dato, que la razón tiene en cuenta para penetrar más en la realidad humana y conocerla mejor; el derecho natural no es, en cambio, la deducción de un sistema filosófico ni de un sistema científico o cultural. La razón es natural porque observa y desvela directa e inmediatamente el derecho natural desde la realidad humana. En otras palabras, para descubrir el derecho natural el método correcto es la observación de la persona humana, de su dignidad, de todo cuanto está contenido en la naturaleza humana.

Que la razón se ayude de los datos de las diversas ciencias sobre el hombre, es cuestión de datos que favorecen y pueden dar seguridad a la razón en su función descubridora y desveladora, pero en ningún caso la razón deduce el derecho natural de un sistema filosófico o científico. Por eso el derecho natural no es una ideología, ni se relaciona con ningún pensamiento político o cultural. Es independiente de cualquier sistema cultural o ideológico –razón constructiva– y de suyo es común a todos los hombres de cualquier ideología, convicción filosófica, etc. (razón natural). Ahí radica uno de los fallos principales de la Escuela moderna del Derecho Natural, que, en realidad, "dedujo" como derecho natural las derivaciones prácticas de las ideologías filosóficas y políticas que sus autores sustentaban (ideales de la burguesía de su tiempo, racionalismo, absolutismo y más frecuentemente el constitucionalismo, liberalismo, etc.); lo que, sin embargo, no les impidió, junto a notables y aun aberrantes errores, descubrir ciertos elementos de auténtico derecho natural, como el principio de igualdad.

c) 2ª. En segundo término se dice de la razón que es natural para poner de relieve que descubre el derecho natural según sus luces naturales y no por derivación de presupuestos religiosos. El derecho natural, en sí mismo considerado no es un derecho divino revelado –aunque pueda ser objeto de revelación y de hecho lo haya sido, según las tesis católicas–, que derive de un sistema religioso, de sus dogmas, creencias y convicciones; no procede de la razón *teológica*. El derecho natural en cuanto tal es descubierto y desvelado por la razón según sus luces naturales por la observación y el conocimiento de la naturaleza humana. Por ello es común a todos los hombres con independencia de sus convicciones religiosas; atribuir el derecho natural a una o unas creencias religiosas –como si fuera producto de una fe religiosa– constituye un desconocimiento del derecho natural y su radical desnaturalización.

d) 3ª. Por último, que la razón es natural quiere decir que su objeto –el derecho natural– es algo objetivo natural, un objeto de conocimiento naturalmente dado, que no depende más que del puro dato natural; es conocimiento de la naturaleza, del ser humano, con independencia de su estado o condición social, política, etc. Como ya decíamos antes, la razón natural descubre y desvela el deber-ser de la persona humana en sí misma considerada, no en su estado social producto de la historia y de las construcciones culturales, ni en su condición personal o social derivada de circunstancias originadas por el hombre y los eventos sociales y políticos, etc. La razón es natural, porque separa en el hombre lo que hay de agregado histórico-social, político, económico, cultural, etc. y descubre y desvela lo propio de la condición de persona, según está naturalmente dada.

e) En orden a la intervención de la razón en el conocimiento y explicitación del derecho natural debe advertirse que el derecho natural no es una *creación* de la razón, sino un descubrimiento o desvelamiento racional. En otras palabras, el derecho natural no es un conocimiento, sino el objeto del conocimiento de la razón. El derecho natural –derechos, deberes, relaciones, normas– *está contenido* en la naturaleza humana. El objeto de inteligibilidad de la

razón para obtener el conocimiento del derecho natural es la naturaleza humana. Conociéndola se desvela el núcleo natural de juridicidad.

f) En su momento se puso de manifiesto que el conocimiento del derecho no es propio de la razón especulativa, sino de la razón práctica. No es excepción el derecho natural. Pensar que el derecho natural se conoce por la razón especulativa mediante deducciones teoréticas a partir de unos principios fue el error capital del iusnaturalismo moderno. El conocimiento del derecho natural es propio de la razón práctica. Esto significa que el derecho natural no es un conjunto de proposiciones racionales de naturaleza teoréticamente universal y necesaria (que es lo propio de la razón especulativa), sino que sus verdaderos enunciados son de suyo *prácticos*, esto es, según lo que se deduce de la naturaleza humana y la consiguiente dignidad en el orden de la vida y de la acción. Ciertamente, al ser la naturaleza humana universal y la misma en todos los hombres, se produce –lo hemos dicho antes– un derecho universal y común, pero esta universalidad debe entenderse en el sentido de que en determinados campos de la acción humana el deber-ser inherente a la dignidad del hombre se revela de la misma manera.

g) En cuanto el derecho natural es un objeto conocido por la razón a través del conocimiento de la naturaleza humana, no está exento de la ley de la progresividad del conocimiento racional. El derecho natural no es un conjunto de conocimientos y juicios innatos, sino deducciones prácticas de la razón natural, al captar el deber-ser propio de la naturaleza humana. Por lo tanto, como sea que la naturaleza humana y la dignidad del hombre son conocidos en sus rasgos más básicos por todos los hombres –producto de la autoconciencia y el conocimiento por connaturalidad–, hay un núcleo básico de derecho natural conocido por todos. Pero el conocimiento más profundo de la naturaleza humana –y con ello el saber más perfecto del derecho natural– es producto del progreso cognoscitivo. De ahí que el conocimiento cada vez más perfecto del derecho natural –en definitiva, de las exigencias de la dignidad

humana– esté sujeto a la ley de la progresividad y exige estudio y reflexión, así como el avance de los saberes y de la civilización.

h) Justamente porque el derecho natural no se conoce de modo innato, sino por el proceso de conocimiento racional práctico, está sujeto a los avatares del conocimiento racional.

Caben, pues, errores, insuficiencias, degradaciones, etc., como en cualquier otro conocimiento. Sin embargo, este tipo de eventos es, en el caso del derecho natural, limitado, de modo que sólo caben errores, insuficiencias o degradaciones parciales, que no afectan al núcleo básico y fundamental. Se debe ello a que el conocimiento de la naturaleza humana, en sus rasgos fundamentales, es un conocimiento por connaturalidad (conocimiento inmediato sin deducción), el cual es infalible. De ello resulta –como decíamos antes– que el núcleo más fundamental y básico del derecho natural es conocido infaliblemente por todos.

11. CONCLUSIÓN. Una exposición completa del derecho natural exigiría el tratamiento de otros temas no poco importantes, pero que a nuestro juicio no corresponden a la filosofía del derecho, tal como en las primeras lecciones quedó configurada. Por una parte, a la filosofía moral corresponde estudiar materias tan relevantes como el conocimiento del derecho natural, esto es, el acceso de la razón a los primeros principios del obrar y a los preceptos de ley natural. Para ello nos remitimos a los tratados correspondientes, sin entrar en lo que no corresponde de modo directo a nuestra disciplina. Por otro lado, la *parte general de la ciencia del derecho natural* es la disciplina adecuada, a nuestro juicio, para tratar de temas tales como la relación entre derecho natural y derecho positivo, el influjo de la historicidad en el derecho natural, la positivación y la formalización de tal derecho, el influjo del derecho natural en la interpretación del derecho, etc. Para estos temas de parte general, en lo que a nuestro pensamiento respecta, nos permitimos remitir al libro *Introducción crítica al Derecho Natural*.

BIBLIOGRAFÍA

D. COMPOSTA, *Natura e ragione. Studio sulle inclinazioni naturali in rapporto al diritto naturale* (Zurich 1971); A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho*, 5ª ed. (Madrid 1986); J. FINNIS, *Natural Law and Natural Right* (Oxford 1980); ID. (ed.), *Natural Law*, 2 vols. (Hampshire 1991); J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, 2ª ed. (Pamplona 1991); ID., *Introducción crítica al Derecho Natural*, 6ª ed. (Pamplona 1990); J. A. MÁRQUEZ, *Los enfoques actuales del Derecho Natural* (México 1985); R. M. PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origine a San Tommaso d'Aquino* (Roma 1978); E. ROMMEN, *Derecho Natural. Historia. Doctrina*, ed. castellana (México 1950); L. STRAUSS, *Natural Right and History* (Chicago 1953); M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho* , ed. castellana, II (Pamplona 1981); E. WOLF, *El problema del derecho natural*, ed. castellana (Barcelona 1960).

LECCIÓN XI

INMANENCIA Y TRASCENDENCIA EN EL DERECHO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El pensamiento mítico. 3. El pensamiento filosófico antiguo. 4. La enseñanza bíblica. 5. San Agustín. 6. Los juristas medievales y la Escolástica. 7. Tomás de Aquino. *a*) *Explicación previa. b*) *Existencia de la ley eterna. c*) *Naturaleza. d*) *Universalidad de la ley eterna. e*) *La ley eterna y las leyes humanas*. 8. El objetivismo extremado. 9. La Escuela española del Derecho Natural. 10. El inmanentismo de Hugo Grocio. 11. El inmanentismo en la Escuela moderna de Derecho Natural. 12. El inmanentismo contemporáneo. 13. El fundamento último del derecho. *a*) *Premisas. b*) *La ley natural. c*) *Los derechos naturales. d*) *La ley positiva.*

1. INTRODUCCIÓN. *a*) La interrogación filosófica sobre el derecho ha de llegar, en cuanto es posible a la razón humana, a las últimas causas y a la íntima esencia de la realidad jurídica. Por eso, en el plano filosófico se llega necesariamente a la pregunta sobre el fundamento supremo del derecho y, con él, a la interpelación última –y por última más íntima– acerca del derecho. ¿Es el

derecho una realidad inmanente al hombre o trasciende lo humano para encontrar en lo divino su fundamento radical y último?[1].

Planteada esta pregunta, cabe hacerse otra: ¿qué significan, en definitiva, la inmanencia y la trascendencia en el derecho? Todo se resume en el valor último del *debitum* del derecho o de la imperatividad de la ley. El carácter de deuda del derecho y el *imperium* propio de la ley, en suma el *deber* inherente al fenómeno jurídico, ¿tiene su último fundamento en el hombre o en Dios? ¿Por qué debe el hombre, en última instancia, dar a cada uno lo suyo y obedecer las leyes? En el bien entendido que dar a cada uno lo suyo y obedecer las leyes se resumen en dar a cada uno lo suyo, pues con la obediencia a la ley –como se dijo al tratar de la justicia legal– se da a la sociedad lo que a ésta corresponde en su relación con el ciudadano.

Pero antes de entrar en materia debemos desbrozar el camino de una posible confusión, distinguiendo dos momentos de la obligatoriedad del derecho. Uno es el deber moral u obligación en conciencia de dar a cada uno lo suyo y, por lo tanto, de cumplir las leyes; y otro es el deber jurídico o deber social –frente a los demás y frente a la sociedad– de ser justo, que en eso –en ser justo– se resume dar a cada uno lo suyo. La cuestión que nos ocupa se refiere al segundo momento, no al primero, por más que a menudo se los confunda. Una cosa es la obligación moral y otra la obligación jurídica. La primera se refiere a la realización personal del hombre, a su perfección personal, a aquellas exigencias del ser personal del hombre en lo que atañe a su realización en las virtudes. En cambio, la segunda se refiere a las exigencias de la

1. Hablamos de fundamento y causa *últimos*, porque nos situamos en la perspectiva de la experiencia, como primera realidad que se ofrece a nuestro conocer. La verdad es que si nos situásemos en la perspectiva de la genética del derecho, tendríamos que decir fundamento *primero* y *primera* causa.

Una segunda observación. La cuestión planteada se resume en la que podemos llamar cuestión reina o cuestión clave -por más decisiva- de la filosofía jurídica: ¿es el derecho una obra cultural del hombre o es una realidad natural? En otras palabras, el problema de la trascendencia del derecho es cuestión ligada a la del derecho natural. Si existe un núcleo natural de derecho o, lo que es lo mismo, si existe un núcleo de derecho natural, el derecho en su raíz es una realidad natural y por ello creada, lo que equivale a decir con trascendencia divina.

sociedad humana, a aquel orden o armonía de las relaciones sociales que viene exigido por la recta realización de la condición social del hombre. La obligación moral, en suma, mira al hombre; la obligación jurídica a la sociedad. Una se refiere a la armonía de la persona; otra, a la armonía de la sociedad. La cuestión que nos ocupa atañe a lo segundo; naturalmente que también atañe a lo primero, pero no nos corresponde tratar de ello en esta ocasión, a pesar de lo implicados que están ambos momentos.

Por lo tanto, el tema de nuestra reflexión es el de la inmanencia o trascendencia del orden social justo, del orden justo o armonía de la sociedad, que aparece cuando se da a cada uno lo suyo, lo que comporta que la vida social se desarrolla conforme a las leyes. Es ese *debitum* social, que se genera por la relación social, lo que es el objeto de nuestro estudio. En suma, no vamos a tratar del hombre justo, sino de la sociedad justa.

Y como sea que la trascendencia del derecho ha tenido respuestas varias a lo largo de la historia del pensamiento jurídico, detengámonos en algunos hitos particularmente significativos.

2. EL PENSAMIENTO MÍTICO. A título ejemplificativo recordemos que, al inicio de la historia, cuando la humanidad se nos muestra inmersa en el pensamiento mítico, la justicia y el derecho fueron frecuentemente personificados en algunas divinidades y, en todo caso, se les consideraba amparados por el poder divino, al que se atribuía su origen[2]. Así Homero enlaza la sentencia injusta con la ira de Zeus: "Como en el otoño descarga una tempestad sobre la negra tierra, cuando Zeus envía violenta lluvia, irritado contra los hombres que en el foro dan sentencias injustas y echan a la justicia, no temiendo la venganza de los dioses..."[3] O nos presenta a los dioses interesados en la prepotencia o la justicia de los hombres: "No procediste bien, hiriendo al infeliz vagabundo. ¡Insensato! ¿Y si por acaso fuese alguna celestial deidad? Que los dioses, haciéndose semejantes a huéspedes de otros países y tomando toda clase de figuras, recorren las ciudades para conocer

2. Vide A. TRUYOL, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, I, *De los orígenes a la baja Edad Media*, 7ª ed. (Madrid 1982), págs. 17 ss.

3. *Ilíada*, XVI, 384 ss.

la insolencia o la justicia de los hombres"[4]. Por su parte, vigorosa es la estampa que Hesíodo nos proporciona mostrando a la diosa Diké, que denuncia ante su padre Zeus las injusticias de los hombres[5]. En este tema es cita obligada la tan famosa *Antígona* de Sófocles que contrapone a los preceptos humanos, "las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses"[6]. En todos los casos se observa una constante: el trasfondo divino del derecho y la justicia, cuyo primer origen es la voluntad divina[7].

3. EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO ANTIGUO. *a*) Cuando del pensamiento mítico se pasó en Grecia al pensamiento filosófico, encontramos en los presocráticos el enlace entre las leyes humanas y la ley divina. Tal es el caso de Heráclito, en un conocido fragmento de no fácil interpretación, que podemos traducir así: "Porque todas las leyes humanas se alimentan de la única ley divina, la cual manda tanto cuanto quiere, y basta a todo y es superior a todo"[8]. También cabe citar al pitagórico Arquitas de Tarento que habla de leyes no escritas o leyes de los dioses, que son el fundamento de las leyes escritas dadas por los hombres[9]. Así, pues, en los inicios mismos de la filosofía se nos pone de manifiesto la trascendencia divina de la justicia y el derecho.

b) Un jalón importante lo representó el estoicismo, si bien respecto de él, por su trasfondo panteísta, más que de trascendencia haya que hablar de inmanencia de lo divino en lo humano. Con su teoría del *lógos spermatikós* –orden racional del universo, elemento divino e inmanente al mundo– los estoicos establecieron la conexión entre la recta razón humana y el *lógos* divino que ordena y gobierna al mundo. Es la idea del gobierno del mundo por la razón divina, como principio último de todo orden y de todo

4. *Ilíada*, XVII, 483 ss.
5. *Los trabajos y los días*, 201-285.
6. Vv. 446-460.
7. Vide H. BLASS, *Gott und die Gesetze* (Bonn 1958).
8. Fragm. 114 (Diels-Kranz, 22 B, 176).
9. Cfr. J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, cit., pág. 43.

gobierno. Por lo tanto, también como principio primero del orden social y de las leyes humanas[10]. Uno de los testimonios más sugestivos de esta visión estoica es, como dice Truyol, el magnífico himno de Cleantes al "más grande y alto rey" del universo, Zeus, que armoniza la multiplicidad con la unidad, las cosas nobles con las bajas "de tal manera, que un sentido único y eterno sea común a todas"[11].

c) Entre los autores de la antigüedad pagana destacó Cicerón, como el autor que ofreció unas líneas de filosofía de las leyes más acabadas, dentro de lo que era propio de su época. Expresamente nos dice Cicerón –en el que no dejó de influir el estoicismo– que el derecho no tiene su origen en la ley positiva, sino que ese origen se encuentra en la filosofía esencial o íntima filosofía[12]. Esta *intima philosophia* es la ley ínsita en la razón natural[13]. Y tal ley, quintaesencia de la naturaleza humana, criterio racional del hombre prudente y regla de lo justo y de lo injusto[14], no es originaria de la razón humana; es comunión con la razón divina: "Como nada hay mejor que la razón –escribe–, y esta razón es común a dios y al hombre, la comunión superior entre dios y el hombre es la de la razón. Ahora bien, los participantes en una razón común lo son también en la recta razón, luego también debemos considerarnos los hombres como socios de la divinidad en cuanto a la ley"[15].

10. Vide J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, cit., págs. 62 ss.

11. A. TRUYOL, *El Derecho y el Estado en San Agustín* (Madrid 1944), págs. 75 s.

12. "No hay que tomar por origen de la ciencia jurídica ni el Edicto del pretor, como hacen casi todos hoy, ni las Doce Tablas, como los antepasados, sino propiamente la filosofía esencial". *De legibus*, I, 5, ed. G. de Plinval, "Les Belles Lettres" (Paris 1959).

13. "Muchos doctos varones estiman que hay que tomar como punto de partida la ley; y seguramente con razón, siempre que se entienda que, como ellos la definen, la ley es la razón suma o primera, ínsita en la naturaleza, que ordena lo que hay que hacer y prohíbe lo contrario. Tal razón, una vez que se concreta y se afirma en la mente humana, es ley". *De leg.*, I, 6.

14. *De leg.*, I, 6.

15. *De leg.*, I, 7.

Nos encontramos, pues, con la razón divina como fuente u origen de la ley natural; ésta es comunión o participación de la ley sempiterna, la sabiduría divina o mente de Dios: "La opinión común de los más sabios –escribe a tal propósito– me parece ser la de que la ley no es una invención de la inteligencia de los hombres ni una decisión de los pueblos, sino algo eterno que rige el mundo entero con una sabiduría que impera y prohíbe. Por eso decían que la primera y definitiva ley es la mente divina, que todo lo manda o lo prohíbe con la razón. De la cual procede aquella que bien recibe el nombre de ley, dada por los dioses al género humano, pues es la razón espiritual del sabio, idónea para ordenar el bien y desterrar el mal"[16]. Sabiduría divina que impera y prohíbe, regla de lo justo y de lo injusto, razón de un "dios que cuida y rige el cielo y la tierra"[17]. Es la idea del gobierno y de la providencia divinos, como fundamento supremo del derecho: "Pues había una razón extraída de la naturaleza de las cosas –escribe–, que impelía a obrar rectamente y apartaba del crimen, una razón que no empieza a ser ley cuando se pone por escrito, sino cuando nace, y nació en el mismo espíritu de dios. Por lo cual, la ley verdadera y primaria, apta para mandar y prohibir, es la recta razón de Júpiter supremo"[18].

d) También Plotino, recogiendo ideas platónicas, que apuntaban a una ley superior y divina del universo, llegó a concebir el mundo como un organismo viviente, un todo ordenado, regido por una ley universal y eterna. Plotino destaca la diferencia con que esa ley gobierna a los seres irracionales y al ser racional que es el hombre; los primeros obran por un impulso exterior, los hombres por un impulso interior[19].

16. *De leg.*, II, 4.
17. *De leg.*, II, 4.
18. *De leg.*, II, 4.
19. *Enéadas*, II, 3, 13 y IV, 3, 13. Vide A. TRUYOL, *El Derecho y el Estado en San Agustín*, cit., págs. 77 ss.; C. SORIA, *Introducción a la cuestión 91*, en la ed. bilingüe, BAC, de la *Suma Teológica*, de Santo Tomás de Aquino, VI (Madrid 1956), pág. 45.

e) En todas las sentencias de los filósofos paganos que hemos visto late una idea de fondo: el mundo está ordenado y su movimiento está dirigido por una Inteligencia de naturaleza divina; de ese orden cósmico forman parte el orden interior del hombre y el orden de la sociedad humana. Ese orden cósmico es producto de un impulso o mandato de la divinidad, que imprime un orden dinámico en los seres: se trata de una ley, pues la ley no es otra cosa que una ordenación imperativa. La multiplicidad de leyes naturales y de leyes de la sociedad humana tiene su soporte en una ley divina que armoniza todo el universo en una unidad, una ley que está en Dios y es el fundamento de todas las demás. Esta idea está entrevista en Heráclito, según se ha visto, en Demócrito –quien habla de una legalidad universal (*pánton nomikón*)[20]–, y se desarrolló en la tesis de la *ley eterna* o sempiterna de los estoicos recogida por Cicerón y algún neoplatónico como Plotino.

En todos estos filósofos, la ley divina o sempiterna fue concebida, en mayor o menor medida, con una mentalidad panteísta, sin una nítida separación entre la ley que está en la divinidad y las leyes naturales.

4. LA ENSEÑANZA BÍBLICA. *a*) El antiguo pensamiento filosófico, particularmente el estoico, es sin duda una muestra de la afirmación del enlace del derecho con Dios; pero, como ya hemos insinuado antes, sus resabios panteístas impiden que pueda hablarse de una trascendencia en sentido estricto. Para que se pueda hablar con propiedad de trascendencia, es preciso llegar a captar la distinción real entre Dios y el mundo. Un Dios que no está en el mundo, que es realmente distinto de él y, a la vez, que lo rige y gobierna. En este sentido, corresponde al pensamiento judeo-cristiano haber establecido la trascendencia divina del modo más exacto y completo. La idea de la creación *ex nihilo* –pieza clave de la concepción bíblica del mundo– implica dos cosas: Por una parte, la distinción real entre Dios y el mundo; éste no procede de la sustancia divina, sino que tiene su propia sustancia creada. Por otra parte, el universo creado carece en sí del principio último

20. Fragm. 135 (Diels-Kranz, 31 B, 366, 21).

de subsistencia, de lo que se desprende que toda la realidad creada tiene en Dios su primer principio de subsistencia. De donde se deriva que la ley, el poder y el derecho tienen su primer fundamento en Dios. El *debitum* propio del derecho tiene así su fundamento último en la razón y la voluntad de Dios, en el imperio divino.

b) El Antiguo Testamento nos muestra reiteradamente que el hombre fue creado por Dios y dejado a su libre albedrío, lo que tiene como consecuencia la existencia de un ámbito de autonomía; pero al mismo tiempo Dios le dió sus mandamientos y preceptos, que se encuentran recogidos sustancialmente en el Decálogo, el cual es un compendio de la ley natural. A lo largo de los diversos libros del Antiguo Testamento Dios aparece como el autor y garantizador de la ley natural. Así, por ejemplo, en Dios se asienta el poder de gobierno; la balanza falsa es abominable ante Él; Dios es el autor del matrimonio y en cada matrimonio Él es el testigo entre el varón y la mujer; quien insulta al necesitado insulta a su Creador; Dios pedirá cuenta de la sangre humana derramada; el testigo falso perecerá; ante Dios son malditos quienes no honran a sus padres; Dios defiende la causa de los pobres, manda que los salarios se paguen puntualmente y prohíbe la opresión, etc. El enlace entre el derecho humano y Dios se establece por el cuarto precepto del Decálogo, que contiene el deber de obediencia a los gobernantes. En otros términos, el Antiguo Testamento enseña que el mundo es gobernado por la Sabiduría divina, de la que es reflejo el orden que se encuentra en las cosas. Esta Sabiduría divina, que es eterna, un hálito del poder divino, es el arquitecto y artífice de la creación, que se extiende poderosa del uno al otro confín y lo gobierna todo con suavidad[21].

c) En el Nuevo Testamento se encuentran algunos pasajes claves para la cuestión que nos ocupa, por cuanto enseñan explícitamente que toda potestad humana tiene su fundamento en Dios. Ello supone que la existencia y la imperatividad de las leyes

21. Vide J. HERVADA, ob. cit., págs. 83 ss.

humanas se fundan en el gobierno divino de todo lo creado. Los textos neotestamentarios más significativos son tres, a los que se hace referencia a continuación.

El Evangelio de San Juan, 19, 11 recoge una respuesta de Jesús a Pilato: "No tendrías poder alguno contra mí, si no se te hubiera dado de lo alto", lo que equivale a decir que el imperio humano procede del imperio divino. Esta idea de la procedencia divina del poder humano se encuentra expresada en la conocida frase de San Pablo "non est potestas nisi a Deo", que forma parte de un texto de la Epístola a los Romanos, según el cual las autoridades civiles han sido constituidas por Dios, de modo que quien desobedece a la autoridad se opone al ordenamiento divino; la autoridad es ministro o servidor de Dios y hay que obedecerla *propter conscientiam*, por deber de conciencia[22]. La misma idea de la trascendencia divina del poder humano está presente en la I Epístola de San Pedro: "Estad sujetos, por el Señor, a toda institución humana: lo mismo al rey, como soberano, que a los gobernadores, como enviados por él para castigar a los malhechores y honrar a los que obran el bien"[23].

d) La interpretación de los textos neotestamentarios no ofrecen duda en cuanto a la idea central que expresan: el gobierno humano –y con él las leyes– no es originariamente un hecho cultural, producido directa e inmediatamente por el hombre, sino algo dado

22. "Que toda persona se someta a las autoridades superiores, porque no hay autoridad que no venga de Dios; las que existen han sido constituidas por Dios. Así pues, quien se rebela contra la autoridad, se opone al ordenamiento divino, y los rebeldes ellos mismos se ganan la condena. Pues los gobernantes no han de ser temidos por los que obran bien, sino por los que obran mal. ¿Quieres no tener miedo a la autoridad? Haz el bien, y recibirás su alabanza; porque en la autoridad tienes un servidor de Dios para el bien. Pero si obras el mal, teme, porque no en vano lleva la espada; pues es un servidor de Dios para hacer justicia y castigar al que obra el mal. Por tanto, es necesario someterse no sólo por temor al castigo, sino también a causa de la conciencia. Por esta razón les pagáis también los tributos; porque son ministros de Dios, dedicados precisamente a esta función. Dad a cada uno lo debido: a quien tributo, tributo; a quien impuestos, impuestos; a quien respeto, respeto; a quien honor, honor". Rom 13, 1-7.

23. I Pet 2, 13-14.

al hombre por voluntad divina, al crear Dios al hombre del modo como lo ha hecho. En otras palabras, la autoridad humana –con sus mandatos y leyes– procede del estatuto creacional del hombre, al igual que la sociedad humana (lo cual se deduce también de esos textos, pues la autoridad sólo tiene existencia en una sociedad). Todo ello implica la idea de un Dios que gobierna continuamente al mundo y tiene providencia permanente de él, pues cada ley humana y cada mandato legítimo, son una forma peculiar del continuo gobierno divino sobre los seres libres, dotados por Dios de autonomía, esto es, de la facultad de autorregularse y otorgarse leyes a ellos mismos. La autonomía no es ausencia de gobierno divino, sino la forma del gobierno divino sobre el hombre en cuanto ser libre. Por eso la obediencia a la autoridad y a sus leyes es cosa de conciencia, de obediencia a la ley divina.

5. SAN AGUSTÍN. *a*) Las enseñanzas de la Biblia, puestas en relación con las ideas neoplatónicas de Plotino, y más lejanamente con el *lógos* estoico, llevaron a Agustín de Hipona a desarrollar lo que sería una pieza fundamental de la filosofía cristiana del derecho: la teoría de la ley eterna[24].

En sustancia la teoría agustiniana de la ley eterna sostiene que en Dios existe una ley universal, inmutable y fundamento de las demás leyes, por la cual Dios gobierna el universo creado, como un todo ordenado –armónico–, dirigido a su fin. Es una ley que está en Dios, distinta de las leyes naturales, que están en los seres; pero estas leyes naturales son el reflejo de la ley eterna, por lo cual ésta es la ley última y suprema que ordena y dirige el mundo.

b) Punto central del pensamiento agustiniano en el tema de la ley eterna es la clara distinción entre ley eterna y orden natural (el cual supone las leyes naturales que rigen los seres), como

24. Vide A. TRUYOL, obs. cits.; R. GÓMEZ PÉREZ, *La ley eterna en la historia. Sociedad y Derecho según San Agustín* (Pamplona 1972); A. SCHUBERT, *Augustinus Lex-Aeterna-Lehre nach Inhalt und Quellen* (Münster 1924); V. GIORGIANNI, *Il concetto del diritto e dello Stato in S. Agostino* (Padova 1951); J. MAUSBACH, *Die Ethik des heiligen Augustinus*, 2ª ed. (Freiburg i. Brisg. 1929).

consecuencia de la trascendencia de Dios, resaltada por la Biblia. El universo no es una emanación de la divinidad –como aparecía en la mentalidad panteísta–, sino una *creación*, el mundo ha sido sacado por Dios de la nada; es, pues, algo enteramente distinto de la sustancia divina. Lo cual tiene como consecuencia que las leyes que rigen los seres creados, aquellas que por estatuto creacional están en ellas, son *naturales*, leyes creadas constitutivas de su ser natural. La ley eterna y la ley natural –aun siendo la segunda reflejo de la primera– no se confunden. La ley eterna está en Dios, las leyes naturales están en los seres creados. La ley eterna es una realidad intradivina.

¿Qué es, pues, para San Agustín la ley eterna? Con palabras que se han hecho célebres, el Águila de Hipona definió la ley eterna como la "ratio divina vel voluntas Dei ordinem naturalem conservari iubens, perturbari vetans"[25]; la ley eterna es la razón o voluntad de Dios, que manda conservar el orden natural y prohíbe perturbarlo.

c) Lo primero que destaca de esta definición es que la ley eterna no es algo impersonal, fuerza inmanente a la divinidad y al mundo, sino razón y voluntad de un Dios personal, sabiduría y decisión voluntaria de Dios, que ordena y dirige el universo. San Agustín entiende la ley eterna como conocimiento que Dios posee de la manera según la cual han de ordenarse las cosas y dirigirse a su fin; y a la vez, como decisión divina de vincular de un modo duradero las cosas al orden por Él escogido en su libre voluntad creadora[26].

Puede observarse que la ley eterna no es definida por Agustín de Hipona como el producto de la razón y de la voluntad divinas, sino como esa misma razón y voluntad, esto es, como Dios mismo. En efecto, la ley eterna, como ley que está en Dios, se identifica con la inteligencia y la voluntad divinas en cuanto ellas

25. *Contra Faustum*, XXII, 27 (PL, XLII, 418). Como puede verse, la ley eterna pertenece al ser de Dios y está claramente distinguida del orden natural de los seres creados.

26. Cfr. A. TRUYOL, *El Derecho y el Estado según San Agustín*, cit., págs. 81 y 83.

son principio y ejemplar de todo lo creado. La inteligencia divina es la suma regla y medida de todo ser y de todo orden; y la voluntad de Dios es impulso y motor –imperio–, principio y primera causa de todo movimiento, que sustenta al universo en su ser y en su dinamismo.

d) No parece, pese a las discusiones que han tenido lugar al respecto, que San Agustín, cuando definió la ley eterna como razón o voluntad divinas, otorgase a la conjunción *vel* (o) un valor disyuntivo, como si no se pronunciase sobre si la ley eterna es razón o es voluntad. En primer lugar, en el pensamiento agustiniano Dios es el Ser absoluto, dotado de una perfecta simplicidad que excluye toda posibilidad de una composición y, por tanto, de una distinción real entre sus distintos atributos. En Dios, el saber, el querer y el obrar son una misma cosa[27]. En segundo lugar, para San Agustín, la ley eterna es a la vez razón y voluntad, como lo muestra el hecho de que a veces la presenta como sabiduría divina o razón suprema y otras como voluntad de Dios[28].

e) La ley eterna, al identificarse con la razón y voluntad de Dios, tiene dos características fundamentales. Por una parte es *inmutable*, pues es la representación eterna del orden universal en la mente divina, representación que precedió al acto de creación y ha de subsistir independientemente del cosmos[29]. Pero sobre todo es inmutable, pues se identifica con la razón y voluntad divinas, que siendo atributos del ser de Dios, son inmutables como éste.

Por otra parte, la ley eterna es *universal*. Todo el universo creado está sometido a la ley eterna; esta ley se extiende a todos los seres, animados e inanimados, racionales e irracionales. En otras palabras, la sabiduría divina gobierna todo el universo y su voluntad lo rige según la naturaleza de cada ser. Por esto, tampoco el mal escapa al imperio de la ley eterna: el mal queda reducido al orden, al ser permitido sólo en función de un bien superior.

27. Cfr. E. GILSON, *Introduction à l'étude de Saint Augustin* (Paris 1929), pág. 296; A. TRUYOL, ob. cit., pág. 82.
28. Cfr. A. TRUYOL, ob. cit., pág. 81.
29. Cfr. A. TRUYOL, ob. cit., pág. 84.

f) Como acabamos de ver, según el pensamiento agustiniano la ley eterna gobierna todo el universo creado según la naturaleza de cada ser. Por lo tanto, el imperio de la ley eterna se ejerce de modo distinto en los seres, según estén o no dotados de libertad. En un pasaje del libro *Contra Fausto* San Agustín afirma que los seres no libres son *súbditos* de la ley eterna, a la que están sujetos de modo necesario. En cambio, los seres libres son *partícipes* de ella, y a ella se sujetan mediante la obediencia voluntaria. Así, pues, la ley eterna se halla presente en los seres irracionales como necesidad y en los seres libres como deber –mandato y prohibición– que ha de cumplirse[30]; por eso el pecado consiste en "todo hecho, dicho o deseo contrario a la ley eterna"[31]; es decir, en la desobediencia a la ley eterna.

g) La ley eterna rige el orden universal; pero está en Dios, no en los seres creados. ¿De qué modo, pues, la ley eterna está en el universo creado? Lo que hay en el universo creado son unas leyes naturales, que son copia o transcripción de la ley eterna. De este modo, la ley eterna se manifiesta en los seres irracionales mediante las leyes físicas y biológicas que son inmanentes a su ser. Así, pues, la sabiduría divina rige el universo no racional mediante las leyes naturales, consideradas tanto en sí mismas, como en su interrelación.

Respecto de la conducta humana libre, la ley eterna rige al hombre mediante la ley natural, que Agustín llama algunas veces *lex intima*, *lex scripta* o *conscripta in cordibus hominum* o también *lex gentium*. El hombre se hace partícipe de la ley eterna por la ley natural. La ley natural es, pues, ley divina, una copia o transcripción de la ley eterna, inscrita en el alma racional[32].

30. *Contra Faustum*, XXII, 28 (PL, XLII, 419).
31. *Contra Faustum*, XXII, 27 (PL, XLII, 418).
32. Es la explicación de la ley natural a partir de Rom 2, 14-16, según la interpretación común. Respecto de la singular interpretación que del texto paulino hace en *De spiritu et littera*, en el contexto de la disputa antipelagiana, vide R. GÓMEZ PÉREZ, ob. cit., págs. 130 ss.

h) Respecto de la ley humana (*lex temporalis* o también *lex scripta in litteris*), San Agustín estableció dos proposiciones complementarias. *Primera*: las leyes injustas y los derechos inicuos, contrarios a la ley natural y por tanto a la ley eterna, no son verdadera ley ni verdadero derecho, pues sólo es verdadero derecho el que mana de la fuente de la justicia[33]. La justicia no es otra cosa que la conformidad con la ley eterna, por lo que se deduce que la ley humana legítima es la que se funda en la ley eterna. *Segunda*: nada hay de justo y legítimo en la ley humana que no derive de la ley eterna[34], lo que implica que esta ley es el fundamento de la ley humana, que de aquella recibe su legitimidad y justicia y, por consiguiente, su imperatividad.

i) Ello no significa que San Agustín piense que es función de la ley humana implantar en la sociedad todo cuanto la ley eterna contiene: mandar todo lo que ella manda y prohibir cuanto prohíbe. La ley humana es limitada y tiene por finalidad la paz social; por ello lo que debe mandar y prohibir es lo necesario para obtener tal fin. Cuanto de esto sobrepasa queda al juicio de Dios[35].

6. LOS JURISTAS MEDIEVALES Y LA ESCOLÁSTICA. *a*) La teoría de la ley eterna pasó en su momento a constituir una pieza clave de la filosofía jurídica de la Escolástica, pero en el largo período que va de San Agustín a la Escolástica, no aparece la ley eterna explícitamente mencionada; no faltaron sin embargo las referencias a la trascendencia divina del derecho. Así en las *Instituciones* de Justiniano los derechos naturales se entienden constituidos por la providencia divina[36]. Y San Isidoro de Sevilla da a las leyes naturales el estatuto de leyes divinas[37].

33. Vide, por ejemplo, *De Civitate Dei*, XIX, 21, 1 (CSEL, XL/2, págs. 408 s.; y *De libero arbitrio*, I, V, II (PL, XXXII, 1227).
34. Vide *De libero arbitrio*, I, VI, 15 (PL, XXXII, 1229).
35. Vide *De libero arbitrio*, I, V, 13 y I, XV, 32 (PL, XXXII, 1228 y 1238).
36. Inst., I, 11.
37. *Etymol.*, V, 11.

b) El origen divino del derecho natural constituyó un lugar común en la obra de los iniciadores de la ciencia jurídica europea, que nació con la Recepción. Irnerio[38], Graciano[39], y los glosadores –legistas y canonistas– hablaron reiteradamente del *ius naturae* como derecho divino[40]. Ejemplo notorio es al respecto la conocida glosa "natura, idest Deus" a la definición que del derecho natural dio Ulpiano, como aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales. Al aclarar los glosadores que por naturaleza debe entenderse Dios, hacían a Dios autor del derecho natural. Dicha glosa se encuentra, entre otros, en Placentino[41], Azo[42] y Acursio[43]. Otro ejemplo pueden ser las palabras del autor anónimo de la *Summa Institutionum Vindobonensis*: "Ius naturale est conditio rebus creatis ab ipsa divina dispositione imposita"[44]; el derecho natural es la condición o estatuto impuesto a las cosas creadas por disposición divina.

c) Con el auge de la Escolástica volvió a tomar impulso la teoría de la ley eterna, que fue estudiada con cierta extensión en el tratado de autor desconocido –quizás Juan de Rupela[45]– titulado *De legibus et praeceptis*, que pasó a la *Suma Teológica* de Alejandro de Hales. En el teólogo franciscano la ley eterna es la *summa ratio* divina que rige las creaturas[46], de la cual derivan todas las leyes, la natural y las positivas. Las leyes humanas –escribe Alejandro– derivan de la ley eterna en cuanto son legítimas y justas, pues todo lo que hay de bueno en las creaturas

38. Glosa *natura* a Inst. 1,1,1,3 y a Inst. 1, 2 pr. Cfr. R. WEIGAND, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Iohannes Teutonicus* (München 1967), págs. 18 y 19.

39. *Dictum ante* c.1, D.1.

40. Puede verse en R. WEIGAND, ob. cit., passim, y J. HERVADA, ob. cit., págs. 123 ss.

41. *Summa Institutionum*, 1,2 (WEIGAND, 43).

42. *Summa Institutionum*, 1,2,1 (WEIGAND, 52).

43. Glosa *natura* a D. 1,1,1,3 (HERVADA, 124).

44. III, 1 (WEIGAND, 27).

45. Vide F.M. HENIQUET, *Ist der Traktat De legibus et praeceptis in der Summa Alexanders von Hales von Johannes von Rupella*, en "Franziskanische Studien", XXVI (1939), págs. 1 ss. y 234 ss.

46. *Summa Theologica*, lib. III, pars II, inquis. I, quaest. un., caps. I-V.

la bondad primera, como deriva de la primera verdad cuanto hay de verdadero en ellas[47].

En Alejandro de Hales encontramos ya un tratamiento científico y sistemático de la ley eterna, como corresponde al método escolástico. Un aspecto destacable es la visión intelectualista de la ley eterna; ésta se encuentra en la razón divina, como principio de todo orden, pues la razón es donde reside la norma o arte de los artífices racionales, siendo la ley eterna la suprema norma ordenadora que está en Dios. Más precisamente, la ley eterna es la misma razón divina como medida de todas las cosas.

Alejandro de Hales adoptó la misma idea agustiniana de las leyes naturales como copia o transcripción de la ley eterna. Al respecto señala el teólogo franciscano que las leyes naturales o leyes de la naturaleza son de una triple índole: leyes físicas (ley de lo insensible e irracional), leyes instintivas (leyes de lo irracional sensible) y ley de la criatura racional. Los dos primeros tipos de leyes establecen un orden necesario e inexorable; la tercera ley debe ser cumplida por medio de la libertad. Por lo tanto, los seres irracionales cumplen la ley eterna *sine iudicio* y los seres racionales la cumplen *cum iudicio*[48].

La ley natural propia del hombre es una regla innata del obrar humano y no consiste en otra cosa que en la ley eterna en cuanto está naturalmente impresa en nosotros, como la marca que el sello imprime en la cera; por eso la ley eterna y la ley natural son dos modos de ser de la misma ley. Esa ley, en cuanto está en Dios como ejemplar increado, es la ley eterna; en cuanto está en nosotros es la ley natural.

7. TOMÁS DE AQUINO. *a*) *Explicación previa. a'*) Si a San Agustín se deben las ideas fundamentales acerca de la ley eterna como pieza básica de la trascendencia divina del orden jurídico, de Tomás de Aquino es el mérito de presentar esas ideas perfeccionadas y perfiladas en un sistema científico magistral. Lo que en el Águila de Hipona son poderosas ideas intuitivas dispersas en sus

47. Lib. III, pars. II, inquis. I, quaest. un., cap. VII.
48. Lib. III, pars. II, inquis. I, quaest. un., cap. VII.

múltiples y variadas obras, es en el Aquinate un sistema unitario, racionalmente estructurado, que en pocas páginas da una completa y profunda visión del tema de la trascendencia del orden jurídico. Seguidamente expondremos su pensamiento. Pero antes parece conveniente hacer algunas reflexiones previas, para explicar el sentido de la teoría de la ley eterna.

b') Una constante que se observa en la idea fundamental de los autores –tanto paganos como cristianos– acerca de la trascendencia divina, que da lugar a la teoría de la ley eterna, es que la temática referente al orden jurídico carece de autonomía propia; es un aspecto del gran tema del orden universal. El orden jurídico es –como todo el conjunto del orden moral– una parte del orden armonioso del cosmos. La idea viene de antiguo. Recuérdese que los primeros filósofos griegos extendieron la justicia a todo el cosmos; representaba la armonía cósmica, de la que la justicia humana u orden justo de la *pólis* era una parte. Esta idea ha permanecido como una constante en la historia del pensamiento filosófico, aunque en los últimos doscientos años se haya mantenido principalmente en la filosofía realista y se encuentre oscurecida y aun negada en la filosofía de raíces idealistas y en las diversas formas de materialismo.

Son muchos los aspectos de la tradición filosófica acerca del derecho –y dentro de ella del realismo jurídico clásico– que sólo se comprenden a partir de esa idea. Las leyes humanas y el derecho positivo encuentran su lugar en la existencia humana como parte del orden armónico del cosmos, sector del orden que el hombre produce mediante su razón y su inventiva cuando obra correctamente. A esto está destinada la capacidad del hombre de dar leyes en la sociedad. Por eso, es un tema perenne y recurrente en la filosofía del derecho y, lo que es más importante, en la vida de los hombres y de los pueblos, el de la justicia de la ley humana y de los derechos positivos. La justicia es la base del orden y de la armonía de la sociedad y las leyes están destinadas a ser justas, lo que equivale a decir ordenadas, armónicas. Por eso se plantea la eterna pregunta: ¿es verdadera ley la ley injusta? Si las leyes humanas son esencialmente parte de la armonía del cosmos, del

orden cósmico, ¿cómo puede ser ley lo que es injusto, desordenado, disarmónico?

c') Hablar de orden y de armonía, cuando se aplican estas palabras al dinamismo de los seres, a su actividad, es hablar de su sentido, que no es otra cosa que la finalidad. Un movimiento, una acción –como un ser– sin finalidad es un absurdo. Las cosas tienen sentido, cuando se ordenan a un fin. Esto es lo que separa el caos y el absurdo del orden y de lo que tiene sentido. Todo orden dinámico está en relación con una finalidad. Ahora bien, la finalidad no es producto del acaso, del azar; es esencialmente propia de un ser inteligente. Se trata de algo evidente si se ha comprendido en qué consiste la finalidad. Obrar con un sentido, con un fin, supone una previsión, una consideración y aprehensión del término de un dinamismo previas a su realización; es una actividad que escapa de la dimensión espacio-temporal de la materia, porque es una previsión de futuro y toda verdadera previsión de futuro supone que el conocimiento traspasa el tiempo presente hacia un tiempo que aún no es. Y esto es imposible para la materia. Sólo la inteligencia –potencia espiritual de conocimiento– es capaz de finalidad. Azar y finalidad –u orden– son términos contradictorios. El azar puede dar lugar a una serie de causas y efectos, pero sin verdadero sentido ni orden; nunca puede producir un movimiento o un ser con finalidad. Toda finalidad y, por lo tanto, todo ser o movimiento que no sea absurdo, que tenga una finalidad –esto es, un orden–, procede de una inteligencia. De ahí los dos axiomas fundamentales de la finalidad: "toda finalidad es fruto de una inteligencia" y "todo ser inteligente obra por un fin". De ahí también que, en presencia de un orden, comprendemos que detrás de él hay una inteligencia.

d') Es un hecho evidente que el universo tiene finalidades: la semilla se ordena al árbol, la hierba alimenta a los animales, los ojos están hechos para ver, las alas sirven para volar, la lluvia fecunda la tierra, etc., etc. No se trata, sin embargo, de finalidades aisladas, pues el cosmos no es un conjunto de seres sin relación entre sí, sino que todo en él está interrelacionado, es una unidad.

Las finalidades de cada ser son una parte de la finalidad del cosmos, que forma un sistema. Así como el ecosistema es una unidad de seres interrelacionados, cada uno con su función o finalidad propias respecto del equilibrio de cada sistema ecológico, así todos los seres forman el sistema cósmico, con una finalidad ordenada al equilibrio –a la armonía– del conjunto.

Dado que el universo tiene una finalidad y dado que, salvo el hombre –y éste sólo parcialmente, pues también en su ser hay leyes físicas e instintivas–, todos los demás seres son irracionales, tal finalidad supone un ser inteligente ordenador, que rige el cosmos. También lo supone el hombre en cuanto tiene un ser marcado por la finalidad, que le es otorgado y no se da a sí mismo. Del orden cósmico y de la finalidad presente en el universo se llega a Dios, como principio inteligente creador y supremamente ordenador. En la armonía cósmica se refleja la gloria del Creador, que aparece así como la finalidad última de la Creación.

Ahora bien, es evidente –porque entra en la noción misma de inteligencia– que todo agente inteligente, antes de obrar y hacer, tiene en la inteligencia la idea de lo que va a obrar o hacer. Así, la fabricación de un coche presupone la idea del ingeniero que lo ha proyectado, plasmada en los planos de ese coche. Por eso, es preciso admitir que en Dios existen las ideas ejemplares de los seres creados. Y como Dios no sólo crea los seres, sino que es el primer motor de todo movimiento, en Dios debe existir la idea ejemplar de las leyes que rigen los seres creados. Mas como Dios es el primer motor, principio real de todo movimiento, la idea ejemplar de las leyes no es simple idea, sino principio imperante. Es imperio y, por ello, es ley. Eso es lo que se significa con la ley eterna.

e') Así, pues, la ley eterna está en Dios. Y como Dios es eterno, tal ley se llama ley eterna. Este es un punto que hay que comprender bien, si no se quiere caer en sutilezas poco útiles, como les ocurrió a algunos escolásticos, que discutieron acerca de si la ley eterna es verdadera ley, pues como la promulgación resulta ser elemento esencial de toda ley, se preguntaron cómo podía estar eternamente promulgada la ley eterna, siendo así que el

universo ha tenido un comienzo. Tal cuestión –que no deja de ser ficticia– proviene de no entender bien la eternidad y concebirla a modo de un tiempo infinito. La eternidad no es un tiempo infinito, sino acto de ser en absoluta ausencia de tiempo: ausencia de pasado y de futuro, un presente puro; en otras palabras, el acto puro. La decisión creadora de Dios, aunque para lo creado suponga un comienzo en el tiempo, en Dios se produce sin tiempo, según su naturaleza de acto puro, esto es, *ab aeterno*. En este sentido, el Nuevo Testamento habla repetidamente de vocación o elección divina de hombres concretos antes de la existencia del mundo o antes del tiempo, esto es, *ab aeterno*, en la eternidad. El tiempo está en las creaturas, no en Dios. Por eso la ley eterna es verdadera ley y es eterna, promulgada *ab aeterno*, fuera del tiempo y antes del tiempo, aplicándose sin tiempo a las creaturas, aunque las creaturas estén en el tiempo.

f') Ello nos pone en relación con un tema importante para comprender la teoría de la ley eterna, desde el punto de vista de la trascendencia divina, tan vigorosamente resaltada por la verdad de la creación *ex nihilo*, de la nada. Dios es el absolutamente otro respecto del mundo creado. El mundo no proviene de la sustancia divina, sino que recibe un ser enteramente otro de la Divinidad. Recibe, por tanto, un ser real y verdadero, de modo que si es cierto que el ser lo tienen los entes creados en Dios, no es menos cierto que en Dios realmente lo tienen. Dios es *trascendente* al mundo creado; es el enteramente otro. Y Dios no mueve, como primer motor, a los seres creados como el titiritero mueve los títeres, sino dotándolos de leyes creadas, inherentes al ser, o sea, por medio de leyes naturales. Estas leyes naturales dependen de la ley eterna, pero ésta es, a la vez que impulso imperante divino, totalmente trascendente, enteramente otra de las leyes naturales, las cuales tienen consistencia propia. Si un objeto cae al suelo, no es porque en aquel momento reciba un impulso divino, sino por la ley de la gravedad, ley natural, a la vez que la ley de la gravedad es creación divina y recibe de la ley eterna, desde la trascendencia divina, su existencia continua y su consistencia creadas. Así también, un precepto de ley natural del hombre, no es una locución

divina a la persona, es verdaderamente un dictamen imperativo de la razón natural y tiene su fundamento real y verdadero en la naturaleza humana (o en otras palabras, en la dignidad intrínseca de la persona humana), al tiempo que, desde la trascendencia de Dios, recibe su fundamento último de la ley eterna. El ser creado tiene, en conclusión, consistencia y subsistencia propias, pero son una consistencia y una subsistencia recibidas de Dios, continuamente según la dimensión tiempo del ser creado, sin dimensión tiempo, *sub specie aeternitatis*, según la trascendencia y eternidad de Dios.

g') Otra pieza necesaria para entender la teoría de la ley eterna es la teoría de la *participación*. Expongámosla brevemente. Crear de la nada significa que no hay posibilidad de ser fuera de Dios, esto es, que el ser es Dios; lo demás antes de la creación es la nada, no hay ese "lo demás". No existe fuera de Dios alguna otra posibilidad de ser –otro ser, v.gr. una materia prima coeterna–, de la cual provendrían los seres creados. Toda la potencia de ser se agota en Dios, el cual es todo el ser. Por lo tanto, todo ser creado no puede ser otra cosa que una participación creada del Ser Subsistente, esto es, reflejo de Dios. Lo cual tiene una consecuencia inmediata: Dios y los seres creados no son ser del mismo modo; mas como a la vez los seres creados son verdaderos seres, resulta evidente que son seres en sentido análogo. La diferencia radical –en la que se funda la *analogia entis*, la analogía del ser– estriba en que Dios es el Ser, el que es por Sí mismo, mientras que los demás seres se sustentan en el ser de Dios; tienen un ser *recibido* y *sustentado*. Por lo tanto, todo cuanto de ser tienen los entes creados es *participación* del Ser divino. Una participación *creada*, esto es, una participación en el ser, que es verdadero ser, pero distinto del ser divino, el cual es –como hemos dicho– trascendente al mundo creado.

Siendo el mundo creado una participación del ser de Dios, todo cuanto de ser –no de ausencia de ser– tienen los entes creados, lo tiene Dios por eminencia. Y siendo la creación una acción libre de Dios, en Dios han de estar las ideas ejemplares y el principio de movimiento del ser creado. Por lo tanto, las leyes naturales no son

otra cosa que una participación creada de la ley reguladora de los seres creados, que está en la inteligencia y en la voluntad divinas. Esa ley que está en Dios –por lo tanto trascendente a lo creado–, de la que las leyes naturales son participación, es justamente la ley eterna.

h') Para que se pueda hablar de ley en sentido propio es preciso que se trate de una regla u ordenación *constante* y *general* del movimiento o de la conducta. Así, un mandato singular dado a un individuo para una acción particular no es una ley: es una orden o precepto. En el plano físico, el golpe que hace rodar una esfera no es una ley natural, aunque ello se haga aprovechando las leyes naturales. Las leyes se dan para el conjunto –para el bien común del todo– y están dotadas de generalidad, es decir, se refieren a todos los seres en general. Por eso, los seres de la misma especie tienen las mismas leyes. Las leyes no se refieren a un caso concreto, sino al conjunto de casos similares. Por ejemplo, el Código de la Circulación es una ley, pues se refiere al conjunto de los automovilistas; si establece que en un cruce tienen preferencia los coches que circulan por las vías de la derecha del conductor, eso se aplica a todos en general. En cambio, si en una circunstancia determinada, v.gr. por unas obras, un tramo de carretera está regulado por unos agentes de la circulación, las órdenes que éstos van dando a los conductores no son leyes, sino preceptos o normas singulares.

En este sentido, lo que los autores llaman ley eterna es algo distinto de la *providencia* de Dios (plan de Dios sobre el desarrollo de la historia que alcanza desde los grandes acontecimientos hasta los más pequeños detalles) y del *gobierno* divino de lo singular y particular. La ley eterna es *ley*, esto es, norma imperativa divina sobre el movimiento o comportamiento general y constante de los seres creados. Es el ejemplar normativo de las leyes naturales. Por eso, respecto de la conducta libre del hombre, la ley eterna se participa en el ser del hombre mediante la ley natural o dictamen de la recta razón según la naturaleza del hombre y la naturaleza de las cosas; una norma de conducta dotada de universalidad (generalidad) e inmutabilidad (constancia).

i') La existencia de leyes naturales, esto es, de impulsos y reglas de movimiento que son generales y constantes (*leyes*) y que son intrínsecos, inherentes, al ser de los entes creados (*naturales*) pone de relieve lo mismo que manifiesta la observación de dichos entes desde otras perspectivas: según la especie de cada uno, los seres tienen un núcleo de entidad igual en todos, que es principio de su movimiento y de su orden hacia sus fines. Sólo así es posible que existan leyes naturales, que son generales y constantes. Este núcleo de entidad común a los seres según su especie es lo que llamamos *naturaleza*, la cual en términos filosóficos se define como "la esencia en cuanto principio de operación".

Al llegar a este punto se plantea la cuestión del voluntarismo y el intelectualismo, que aquí tiene este signo: la naturaleza de los seres, ¿es arbitraria o racional? En relación con Dios, no significa esta pregunta que una de las dos hipótesis –la naturaleza tiene una estructura racional objetiva– implique que Dios necesariamente hubo de crear los seres tal como los ha creado, pues la creación es un acto libre del Creador. Lo que implica la tesis de la estructura racional objetiva de la naturaleza es que el ser no es arbitrario y por tanto que el Ser Subsistente tiene una entidad racional objetiva, de modo que el ser creado, como reflejo y participación del Ser Subsistente, posee también una estructura racional objetiva.

La pregunta hecha tiene importancia, porque sustentar la tesis de la ley eterna sólo es posible si la naturaleza tiene una estructura racional objetiva. En efecto, si se parte de la tesis de la arbitrariedad, la existencia de leyes naturales sería producto de una decisión arbitraria de Dios, cuya continuidad no dependería de ninguna dimensión objetiva ni de la Divinidad ni del ser creado: la idea o ejemplar divino de tal decisión arbitraria –y como tal mudable *ad libitum*– no tendría el carácter de *ley*, por carecer de la índole de acto divino constante y permanente. No existiría la ley eterna.

Si la naturaleza tiene una estructura racional objetiva, ello es debido a que todo ser posible tiene una estructura racional objetiva como reflejo de la estructura racional objetiva del ser y, por lo tanto, del Ser Subsistente. Esto no es una limitación, sino una perfección, porque significa una plenitud de ser, o porque se es el

mismo ser –caso de Dios, el Ser Subsistente– o porque se está ordenado a unos fines que lo perfeccionan. Así, por ejemplo, si el ojo está real y objetivamente ordenado a ver, ello es una perfección; si ver o no ver fuese simplemente una decisión arbitraria de Dios, ello supondría una evidente imperfección del ojo en su modo de ser, pues querría decir que no tendría en sí la objetiva capacidad natural de ver. Tal estructura objetiva implica que, si bien Dios es libre de crear unos entes posibles y otros no, a cada ser posible lo crea según dicha estructura, lo cual –es preciso repetirlo– no es una limitación en Dios, sino una perfección, pues representa dar a los entes creados la posesión real de su ser y de su finalidad, o sea, una mejor creación.

Supuesta esta estructura racional objetiva, es posible la existencia de verdaderas leyes naturales, ordenaciones generales y constantes. En tal caso, el ejemplar divino imperante, fuente de las leyes naturales, es un acto divino con las características de la ley: la ley eterna.

Después de estas explicaciones previas, pasemos a exponer el pensamiento de Tomás de Aquino.

b) *Existencia de la ley eterna. a'*) Para mostrar la existencia de la ley eterna parte el Aquinate de tres ideas que se complementan: 1ª La ley es la norma del gobernante que rige una comunidad o sociedad perfecta (*communitas perfecta*), dirigiéndola al fin propio de la comunidad como tal. 2ª. El mundo forma un todo o conjunto: la *communitas universi*. 3ª. El universo está regido por Dios. La conclusión es que en Dios existe una ley que rige la comunidad del universo. Ahora bien, para Tomás de Aquino la ley es un acto de razón; por lo tanto, esa ley es un dictamen de la razón divina. Y como la razón divina no concibe nada en el tiempo –recuérdese lo dicho antes al respecto–, sino que su concepción es eterna, *ab aeterno*, la ley indicada recibe el nombre de ley eterna[49].

49. "Respondo diciendo que, como ya dijimos antes, la ley no es más que el dictamen de la razón práctica en el soberano que gobierna una comunidad perfecta. Pero es manifiesto, supuesto que el mundo está regido por la providencia divina, como quedó demostrado en la Primera Parte (q. 22, art. 1.2), que toda la comunidad del universo está sometida al gobierno de la razón

b') A propósito de la existencia de la ley eterna el Aquinate hace incidentalmente dos precisiones de interés, para comprender qué sea dicha ley. Una de ellas es que la ley eterna es ley para el universo creado, no es ley a la que Dios esté sujeto, porque no ordena ni rige la actividad divina, sino el movimiento de los seres creados. La otra precisión consiste en aclarar que la ley eterna no es algo distinto de Dios: es Dios mismo en cuanto rector del universo[50], pues dada la simplicidad de Dios, los atributos, cualidades u operaciones, que concebimos en Dios según nuestro modo de entender y de hablar, no son otra cosa que la esencia divina.

c') Desde el principio Tomás de Aquino deja claro qué haya que entender por ley eterna. No es un principio extrínseco a Dios, como la ley que da el gobernante humano, la cual es una obra de éste, con existencia separada tanto del legislador como de los destinatarios de la ley; la ley eterna es Dios mismo en cuanto su esencia es medida y regla, origen y sustentación del ser creado. Por eso, aunque la ley eterna es trascendente al ser creado, como Dios es trascendente, a la vez no es una ley extrínseca al ente creado, porque Dios, siendo trascendente, está simultáneamente en lo más íntimo del ser creado, como Primera Causa y Primer Motor.

c) *Naturaleza. a'*) Tomás de Aquino define la ley eterna como "el plan de la sabiduría divina en cuanto dirige todos los actos y movimientos"[51].

Lo primero que se advierte en esta definición es que la ley eterna se atribuye a la sabiduría divina, esto es, a la razón divina. La ley eterna es gobierno divino, la ley intradivina por la que Dios

divina. Por consiguiente, esa razón del gobierno de todas las cosas, existente en Dios como supremo rector del universo, tiene carácter de ley. Y como la razón divina no concibe nada en el tiempo, sino que su concepción es eterna, por fuerza la ley de que tratamos debe llamarse eterna". *Summa Theologica*, I-II, q. 91, a. 1.

50. *Summa Theologica*, I-II, q. 91, a. 1 ad 3.

51. "Et secundum hoc, lex aeterna nihil aliud est quam ratio divinae sapientiae, secundum quod est directiva omnium actuum et motionum". *Summa Theologica*, I-II, q. 93, a. 1.

rige el universo. No se atribuye, pues, a la voluntad divina, sino a la inteligencia divina. Con ello, el Aquinate no hace sino aplicar a la ley eterna su pensamiento general sobre la ley y sobre el gobierno. Gobernar es dirigir la comunidad hacia el fin común de ella, lo que implica establecer un orden, ordenar unas conductas. Asimismo la ley, como acto de gobierno, es una ordenación de la comunidad y de las conductas humanas. Mas ordenar, establecer un orden es propio de la sabiduría y, por lo tanto, de la razón. *Sapientis est ordinare*; ordenar, establecer un orden es un arte o ciencia, un saber o conocimiento práctico y, en consecuencia, es propio del que sabe. La ley eterna es el plan de la sabiduría divina, que gobierna el mundo.

b') La ley eterna es calificada por Tomás de Aquino como *ratio*, que, por el contexto, se puede traducir por modelo o plan –también por idea ejemplar–, pues toda ley es modelo de las conductas que rige; de este modo, la sociedad, al cumplir las leyes, se configura según el modelo o plan trazado por el legislador. Y así el conjunto de las leyes, si éstas son coherentes, implantan el modelo de sociedad querido por el legislador. La ley eterna es, pues, la idea ejemplar divina del orden dinámico del universo.

La ley es idea o modelo, plan, pero es asimismo imperio, es una idea o modelo operativos, que se imponen. Por lo tanto, la ley eterna no es simple idea, sino también fuerza motriz, impulso, imperio. Por lo tanto, aunque la ley eterna pertenezca de suyo a la inteligencia divina, presupone la voluntad de Dios; es ley querida por Dios. ¿Cómo interviene la voluntad divina en la ley eterna? Para contestar a esta pregunta hay que recordar el pensamiento tomista acerca de la ley en general. La ley es un acto de imperio y para el Aquinate el acto de imperio es un acto de razón presupuesto un acto de voluntad. No hay acto de imperio, si no hay una voluntad que quiera el fin que se pretende, teniendo en cuenta que la ley es ordenación a un fin; pero, presupuesta esa voluntad, imperar, que es ordenar los actos y los movimientos hacia el fin querido, es propio de la razón: por eso gobernar es un arte o ciencia práctica, algo propio de la razón. En consecuencia, la ley eterna se funda en la voluntad divina, que quiere el mundo creado

–tal como ha sido hecho– y su finalidad; pero es expresión de la sabiduría de Dios. Naturalmente estas distinciones han de entenderse según nuestro modo de conocer y de hablar, pues en Dios, dada su perfecta simplicidad, la razón y la voluntad se identifican con la esencia divina.

c') Como ya se ha visto, el universo creado es entendido por Tomás de Aquino como una unidad –la *communitas universi*–, con una finalidad común, en la que se integran las finalidades particulares de cada ente; esa finalidad común es el bien común del universo, que es el bien al que la ley eterna ordena todo el cosmos. Por lo tanto, la ley eterna es una sola y única ley, no una multiplicidad de leyes[52].

Esto implica que cada ley natural particular está subordinada a la armonía total del universo y de su historia, y que cada suceso, tanto en lo que respecta a los seres irracionales, como en lo que atañe a la vida de los seres racionales, está regido y supraordenado por un principio superior de armonía y bondad, de modo que lo que, visto en su singularidad y particularidad, puede ser un mal o defecto particulares, es reducido a una razón de bien por el gobierno divino[53].

d') A propósito de la noción de ley eterna, el Aquinate hace indirectamente una precisión importante. Es evidente, por todo lo visto, que la ley eterna es la suprema y radical verdad práctica de todos los seres creados. El dinamismo y la conducta *verdaderos* –aquellos que responden al más íntimo ser de los entes creados– son los que son adecuados a la ley eterna y conformes con ella. Ahora bien, no sería correcto entender la ley eterna como el criterio de verdad de gobierno divino, como si la ley eterna fuese criterio

52. *Summa Theologica*, I-II, q. 93, a. 1 ad 1.

53. "Los defectos que se dan en las cosas naturales están fuera del alcance de las causas particulares, mas no fuera de las causas universales, y especialmente de la causa primera, que es Dios, a cuya providencia nada puede escapar. Y, como la ley eterna es el plan de esta providencia divina, síguese que los defectos de las cosas naturales están sometidos a la ley eterna". *Summa Theologica*, I-II, q. 93, a. 5 ad 3.

de verdad para Dios; pensar tal cosa significaría que el ser de los entes creados es medida de la verdad para el entendimiento divino y que la ley eterna es verdadera por acomodarse al ser de los entes creados. El entendimiento humano es verdadero cuando sus conceptos se corresponden con la realidad de las cosas; por lo tanto debe decirse que no tiene en sí la medida de la verdad, sino que es medido por la realidad de las cosas. No ocurre así en Dios, que por ser el Ser Subsistente es *ipsa veritas*; como creador de todas las cosas según las ideas ejemplares existentes en su inteligencia, la verdad de las cosas consiste en su adecuación al entendimiento divino, el cual mide las cosas y no al revés. Por lo tanto, el intelecto divino es verdadero en sí mismo y su idea o plan es la verdad misma[54]. De lo cual se deduce que la ley eterna es el originario criterio de la verdad práctica, que es la misma esencia divina. El gobierno divino no está sometido a la ley eterna, sino que ella es el plan del gobierno divino y, en consecuencia, es el supremo y más íntimo criterio de verdad práctica de los entes creados.

d) *Universalidad de la ley eterna.* Característica fundamental de la ley eterna es su universalidad. Puesto que la ley eterna es la ley de Dios en cuanto que Dios gobierna el universo creado, nada del universo creado escapa de la ley eterna: todos los seres, tanto racionales como irracionales, tanto los necesarios como los contingentes, se rigen por la ley eterna. En relación a este punto, Tomás de Aquino establece la siguiente proposición general: la ley eterna es el plan del gobierno divino; por consiguiente, todo lo que está sometido al gobierno divino lo está también a la ley eterna. En cambio, las cosas que no están sometidas al gobierno divino, tampoco lo están a la ley eterna[55].

Respecto a esto último cabe preguntar si hay algo que no esté sometido al gobierno divino y por lo tanto si hay algo que no esté sometido a la ley eterna. La respuesta que encontramos en el Aquinate no puede ser más lógica y coherente: las leyes se refieren

54. *Summa Theologica*, I-II, q. 93, a. 1 ad 3.
55. *Summa Theologica*, I-II, q. 93, a. 4.

a la operación, al obrar; por lo tanto, se refieren al obrar de Dios sobre el universo creado, no al ser mismo de Dios, a la naturaleza o esencia divina, que es, ella misma, la ley eterna, según se vió antes[56]. Por lo mismo, la voluntad de Dios, que en Él es una misma cosa con su esencia –y por tanto con su razón y su sabiduría– no está sometida a la ley eterna, antes bien, la ley eterna es la voluntad divina[57].

Fuera, pues, de Dios mismo, todo el universo creado está regido por la ley eterna. De ella dependen: 1º) Las cosas *necesarias*, esto es, aquellas que por su naturaleza no pueden ser de otro modo a como son; así, por ejemplo, la inmortalidad de las sustancias espirituales (v.gr. el alma humana), las cuales por ser simples no admiten corrupción y por lo tanto la muerte. Esta necesidad, por cuanto es una dimensión creada, es obra de la ley eterna, como ley propia de las cosas necesarias[58]. 2º) Las cosas *naturales contingentes* (aquellas que se corrompen, se transforman, mueren, etc.), mediante la impresión de un principio activo intrínseco (leyes naturales), que las mueve y modifica según el orden de su finalidad[59]. 3º) El hombre, por medio de las inclinaciones naturales, de modo racional y libre[60]; es decir, por medio de la ley natural.

¿Cómo obra la ley eterna sobre las creaturas? Mediante las leyes naturales, que son una participación –huella o reflejo– de dicha ley en ellas. Por lo que atañe a la conducta libre del hombre, la ley eterna se refleja en los preceptos de la ley natural, la cual es, por ello, definida por el Aquinate como una participación de la ley eterna en la criatura racional que es el hombre[61].

e) *La ley eterna y las leyes humanas. a'*) Llegamos aquí al tema de la trascendencia del derecho positivo y, en concreto, de las leyes humanas. ¿Derivan las leyes humanas de la ley eterna? Cuál

56. Ob. y loc. cits.
57. *Summa Theologica*, I-II, q. 93, a. 4 ad 1.
58. *Summa Theologica*, I-II, q. 93, a. 4 ad 4.
59. *Summa Theologica*, I-II, q. 93, a. 5.
60. *Summa Theologica*, I-II, q. 93, a. 6.
61. *Summa Theologica*, I-II, q. 91, a. 2.

sea la razón que abona la respuesta afirmativa es clara: siendo universal el gobierno divino de las cosas creadas, es universal la ley eterna y, consecuentemente, como las leyes humanas son factores de gobierno han de derivar de la ley eterna. Pero aparentemente no es menos fuerte la razón que puede hacer dudar de que ello sea así: las leyes humanas son reglas que dependen de la opción del legislador, es decir, que no se deducen de modo necesario de los preceptos divinos representados por la ley natural; constituyen una libre elección del legislador entre distintas normas posibles y, en consecuencia, ¿cómo decir que derivan de la ley eterna? La respuesta del Aquinate sorprende por su misma sencillez y, al tiempo, por su clarividencia: la ley humana deriva de la ley eterna en cuanto participa de la recta razón[62]. En efecto, la recta razón es una participación de la razón divina y, por lo tanto, es una participación de la ley eterna, en cuanto que la recta razón es la potencia gubernativa humana, dada por Dios al hombre para el gobierno en los amplios sectores de la conducta humana dejados a la autonomía y a la inventiva del hombre, las cuales forman parte del estatuto creacional de la persona humana, como ser libre.

Si la razón humana es participación de la inteligencia divina, su rectitud es participación de la ley eterna y, consecuentemente, la norma procedente de la recta razón deriva de dicha ley eterna. Es la versión cristiana de la *recta ratio* u *órthos lógos* como participación del *lógos* divino.

b') Una consecuencia evidente se deriva de estos postulados: la ley humana tiene razón de ley sólo en cuanto se ajusta a la recta razón, pues sólo entonces deriva de la ley eterna y, por lo tanto, sólo entonces participa del carácter de ley, pues la ley fundamental y fundante, cuya participación da a una norma la índole de ley, es la ley eterna. El motivo es claro: siendo Dios el supremo rector y gobernante del universo, ninguna realidad humana puede tener la índole de rector y de gobierno, si no es por una participación del gobierno divino; en consecuencia, ninguna norma humana tiene carácter de ley, si no es una derivación de la ley eterna. En otras

62. *Summa Theologica*, I-II, q. 93, a. 3.

palabras, sólo tiene imperio la recta razón, como participación de la razón divina, la cual, por ser divina y por ello perfecta, es recta; es ella la misma rectitud, *ipsa veritas* práctica. De todo lo cual se deduce que una ley es injusta e inicua si se aparta de la recta razón, en cuyo caso no tiene carácter de ley, sino más bien de violencia[63].

c') Al final de su tratado de la ley eterna, Tomás de Aquino se refiere al problema de las leyes humanas que, de una u otra forma, permiten conductas moralmente desordenadas, también conductas que pueden ser injustas. Tal tipo de leyes, ¿derivan de la ley eterna, siendo así que las conductas permitidas son malas? El Aquinate distingue entre leyes tolerantes y leyes permisivas, sin usar esta terminología, que es moderna. Ley tolerante es la que por su silencio –v.gr. no imponiendo penas– o por el modo de regular unas situaciones sociales permite un mal menor, sin aprobarlo, para evitar un mal mayor. Son casos en los que, por diversas circunstancias, el poder social no tiene fuerza suficiente para evitar todo el mal; tal impotencia proviene de la limitación propia del poder humano, que carece de la plenitud del poder divino. Mas esta limitación del poder humano proviene de la ley eterna y por ello el mismo hecho de que la ley humana tolere las cosas que no puede regular procede de una ordenación de la ley eterna.

Distinto es el caso de la ley permisiva. Se entiende por tal la ley que otorga estatuto de correcta y por consiguiente aprueba una conducta o situación moralmente incorrectas; no es que permita un mal, sino que positivamente establece como regla o norma buenas, lo que es moralmente malo. Tal tipo de leyes no provienen de la recta razón y por lo tanto no proceden de la ley eterna, antes bien son contrarias a ella; por lo cual son leyes corruptas, más violencia que ley[64].

8. EL OBJETIVISMO EXTREMADO. En los siglos XIV y XV encontramos un primer rastro de debilitamiento de la idea de la trascendencia, si bien se trató de algo meramente incidental. Este

63. *Summa Theologica*, I-II, q. 93, a. 3 ad 2.
64. *Summa Theologica*, I-II, q. 93, a. 3 ad 3.

debilitamiento vino de la mano del objetivismo extremado de Gregorio de Rímini. Aunque este autor no dudó en dar carácter normativo y vinculante a la ley eterna, situó ese carácter en la razón divina, no por ser divina, sino por ser recta, de modo que, si por un imposible, Dios no existiese o su razón no fuese recta, la regla normativa sería la recta razón humana o angélica y si ni aun éstas existiesen, seguiría siendo normativo lo que dictaría una recta razón en caso de existir[65]. La hipótesis se presenta como imposible, pues por esencia la razón divina es recta. Pero el matiz que el texto de Gregorio de Rímini presenta es significativo: no es en la divinidad sino en la rectitud donde reside la normatividad. Se trata, sin duda, de un matiz inaceptable, pues en Dios no se puede distinguir, ni siquiera con distinción de razón, divinidad y rectitud. Dios es la misma rectitud, precisamente en cuanto Dios. Tal es el verdadero sentido de la trascendencia: Dios es regla en cuanto Dios, sin que ni siquiera en hipótesis –que en su aparente inocuidad es en realidad absurda– pueda situarse la normatividad en algo que no sea Dios mismo. La afirmación de Gregorio de Rímini suponía una fundamentación de la ética y de la ley natural en la razón en cuanto tal razón recta, no en Dios, aunque finalmente resultase que el fundamento es Dios por ser razón recta. Hay una radical fundamentación en la razón y no en Dios.

9. La Escuela española del Derecho Natural. *a*) La tesis de Gregorio de Rímini, seguida por Gabriel Biel[66] y por otros teólogos nominalistas, fue bien conocida por los teólogos-juristas de la Escuela española del Derecho Natural, que reaccionaron contra ella en términos que denotan un problema que estaba implícito en la tesis de Gregorio. ¿Es la imperatividad algo que dimana de alguna estructura inherente al ser o es un acto de imperio del gobernante? Al situar Gregorio de Rímini la imperatividad de la regla moral de los actos en la razón en cuanto recta, puso la rectitud –estructura inherente al ser– como fuente radical de

65. *In II Sententiarum*, dist. XXXIV, q. 1, a. 2.

66. *Epitome et collectorium ex Occamo circa quattuor sententiarum libros* (Tubingen 1501, reprod. Frankfurt am Main 1965), lib. II, dist. XXXV, q. un., a. 1.

la imperatividad. Frente a esto reaccionaron los teólogos españoles del Siglo de Oro, con argumentos muy similares, que, en sustancia, se pueden resumir así: la obligación exige un precepto y el precepto pide un superior que lo dicte; por lo tanto, el fundamento último del derecho es Dios legislador. En la hipótesis –para ellos imposible– "si Dios no existiese o no mandase nada", el quebrantamiento de la ley natural produciría una disarmonía, pero no engendraría culpa moral, esto es, no sería transgresión de una ley, porque la ley natural en cuanto ley no existiría. En tal sentido, con matices diferentes y complementarios, se pronunciaron Vitoria[67], Soto[68], Molina[69] y Suárez[70].

b) El objetivismo extremado fue seguido en el Siglo de Oro español por Gabriel Vázquez, quien situó la regla de las acciones en la misma naturaleza racional no implicando en sí contradicción, con anterioridad a todo imperio, a toda voluntad y aun a todo juicio. De este modo el fundamento último de la ley natural –y por consiguiente de la ley positiva– no se situaba en Dios legislador, sino en la naturaleza de Dios como origen eterno y primero[71].

Welzel ha escrito[72] que Vázquez desligó al derecho natural de su base divina de tal modo que no era necesario ningún paso más para su completa secularización, es decir –cabe añadir– para caer en el inmanentismo.

Esta conclusión de Welzel resulta excesiva. En toda la Escolástica, incluidos los secuaces del objetivismo extremado, hay una

67. *Relección de aquello a que está obligado el hombre cuando llega al uso de razón*, II, n. 9, en "Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas", ed. BAC (Madrid 1960), pág. 1353.

68. *De la Justicia y del Derecho en diez libros*, lib. I, q. IV, a. 2, ed. Instituto de Estudios Políticos, I (Madrid 1967), págs. 30 y 32.

69. *Los seis libros de la Justicia y el Derecho*, lib. V, disp. XLVI, n. 14, ed. Madrid 1941-44, t. VI/2, págs. 262 s. y 264 s.

70. *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador*, lib. II, cap. V, n. 3, ed. cit., págs. 58 s.

71. *Commentariorum ac disputationum in Primam Secundae Sancti Thomae tomus secundus* (Alcalá 1607), disp. 97, cap. 1, n. 3 y disp. 150, cap. 3, n. 23.

72. *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, ed. castellana, 2ª ed., reimpr. (Madrid 1974), pág. 98.

idea central que impide caer en el inmanentismo y que se pone de manifiesto en el hecho de calificar la hipótesis "si Dios no existiese" como imposible. La imposibilidad de la hipótesis no se presenta como una forma un tanto ampulosa de manifestar la creencia en la existencia de Dios, sino como una conclusión filosófica, derivada de la observación de la realidad creada. Los seres creados no tienen en sí el principio último de su subsistencia, por lo cual no son inteligibles a no ser en relación con Dios. Los seres creados tienen en Dios su explicación última, porque en Él tienen su causa primera. Dada la radical insuficiencia entitativa de los seres creados, sólo pueden ser entendidos como participación del Ser subsistente por sí mismo. Por eso la hipótesis "si Dios no existiese" era contemplada como rigurosamente imposible y sólo tenía un valor meramente metodológico y didáctico[73].

c) Aparte de lo que acabamos de indicar, cabe señalar que los autores citados de la Escuela española del Derecho Natural aceptaron la teoría de la ley eterna. Casi todos lo hicieron siguiendo a Tomás de Aquino, del que se separó Suárez en cuanto a la naturaleza de dicha ley, como consecuencia de su noción de ley. Según Suárez la ley es un acto de voluntad del legislador, guiado e iluminado por la razón, en contraste con el Aquinate, para quien, como se dijo, la ley es un acto de razón presupuesto un acto de voluntad. Para Suárez, que se inscribe en el voluntarismo moderado, la ley es un acto de la voluntad, si bien se trata de una voluntad recta –no arbitraria– y por ello presupone recibir la luz –la comprensión de lo que es correcto– de la recta razón. De acuerdo con esta idea, Suárez entendió la ley eterna, no como razón divina, sino como voluntad de Dios, dentro naturalmente de la perfecta simplicidad divina. La ley eterna es, para el Doctor Eximio, el decreto eterno de la voluntad de Dios, que rige el mundo creado y que se manifiesta en las criaturas por medio de las leyes naturales que las rigen[74].

73. Cfr. al respecto, J. HERVADA, ob.cit., págs. 234 ss.

74. *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador*, lib. II, cap. III, n. 5 (ed. cit., págs. 33 ss.)

10. EL INMANENTISMO DE HUGO GROCIO. *a*) La primera introducción del inmanentismo en lo referente al derecho fue obra de Hugo Grocio, quien sostuvo una concepción inmanentista del derecho natural. Según Grocio, el derecho natural fluye de principios intrínsecos al hombre[75], por lo que permanecería intacto en la hipótesis –que él entiende falsa y aún blasfema– de que Dios no existiese o no se ocupase de los asuntos humanos: "etiamsi daremus...non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana"[76]. En tal hipótesis el derecho natural existiría igualmente y con la misma fuerza. Establece, pues, una desvinculación objetiva entre el derecho natural y Dios.

Sin embargo, puesto que Dios existe y el hombre debe la existencia a un acto libre de Dios, Grocio entendió que el derecho natural tiene un doble origen: la propia naturaleza humana y el acto libre de Dios; al querer la naturaleza humana, Dios quiere el derecho natural que es inherente a ella. La acción de Dios respecto del derecho natural la entiende Grocio en términos voluntaristas (el voluntarismo es seguido por el jurista holandés en varias obras), lo cual resulta incongruente con el inmanentismo por él defendido, que se basa en el objetivismo extremado.

Pese a su teoría del doble origen, en Grocio es patente el inmanentismo del derecho natural: éste es subsistente por sí mismo y la naturaleza humana es el origen de dicho derecho independientemente del fundamento divino. La obligatoriedad del derecho natural no se sustenta en Dios de modo intrínseco. Como lógica consecuencia, que se extrae de sus afirmaciones sobre el derecho natural, el derecho positivo no tendría un fundamento divino, sino que sería inmanente al hombre.

b) Una cosa fácilmente perceptible es que Grocio –a distinción de la Escolástica– no califica la hipótesis mencionada –similar a la que utilizaron anteriormente los escolásticos– de imposible, sino de blasfema y de falsa. ¿Simple disparidad de terminología? Nada de eso, la diferencia es muy de fondo, tanto que en ella se sustenta

75. *De Iure Belli ac Pacis libri tres*, proleg. n. 12, ed. P.C. Molhuysen (Lugduni Batavorum 1919), pág. 7.

76. Ob. cit., proleg. n. 11 (ed. cit., pág. 7).

el inmanentismo grociano. En la Escolástica la hipótesis se tildaba de imposible, porque en ella estaba presente la teoría de la participación, en virtud de la cual el ser creado es rigurosamente ininteligible sin Dios. La novedad de Grocio es la ausencia de la teoría de la participación, sustituida por una inmanente estructura ontológica de los seres, cuyo paso a la existencia dependería tan sólo de un acto libre de Dios. Es decir, que el ser no encontraría en Dios el ejemplar de su estructura ontológica, sino que lo hallaría en sí mismo. En el caso de derecho natural, la fuerza de éste y su imperatividad no estarían en Dios, sino en él mismo, aunque el paso a la existencia se debiese al acto libre de Dios por el cual quiere que el hombre exista. La consecuencia de todo ello es que, según Grocio, el derecho natural posee en sí el fundamento último de su inmanente obligatoriedad y, por lo tanto, de su inteligibilidad. La hipótesis "si Dios no existiese" ya no se presenta como imposible, sino como falsa[77].

11. EL INMANENTISMO EN LA ESCUELA MODERNA DE DERECHO NATURAL. Aunque los primeros maestros del iusnaturalismo moderno no siguieron a Grocio, que es expresamente criticado por Pufendorf[78], la concepción inmanentista del derecho fue lentamente tomando cuerpo, a causa de la idea que, sobre el derecho en general y el derecho natural en particular, sostuvieron los autores genéricamente englobados en la Escuela moderna de Derecho Natural.

a) Ante todo, cabe señalar lo que constituye el primer paso hacia el inmanentismo: la negación de la ley eterna. Ya Pufendorf no dudó en rechazar la existencia de la ley eterna, siguiendo una concepción netamente voluntarista de la ley, a la vez que no comprendiendo el genuino significado de la teoría de la ley eterna.

77. Un estudio más detallado de Grocio puede verse en J. HERVADA, ob. cit., págs. 264 ss. e ID., *Lo nuevo y lo viejo en la hipótesis "etiamsi daremus" de Grocio*, en *Escritos de Derecho Natural* (Pamplona 1986), págs. 401 ss.

78. *De Jure Naturae et Gentium libri octo*, lib. II, cap. III, ed. G. Mascovius (Francofurti et Lipsiae 1759, reprod. Frankfurt a. M. 1967), pág. 210.

Habla, en efecto, Pufendorf de la ley eterna, entendiéndola a modo de una regla eterna, principio coeterno extrínseco distinto de Dios, que éste habría de seguir al asignar a las cosas sus formas propias. O sea, sería una ley para Dios. Frente a esto, Pufendorf sostiene que Dios creó al hombre con libérrima voluntad y le asignó la naturaleza que le plugo, sin que por parte de ésta hubiese ninguna necesidad absoluta intrínseca[79]. Es claro que este autor no conocía bien la precedente teoría de la ley eterna, a la que interpretó con graves errores, pues la ley eterna, como se ha visto, no fue concebida por la Escolástica como ley para Dios –sino ley de Dios–, ni como principio coeterno distinto de Dios –es la misma esencia divina– ni tampoco como extrínseco, ni respecto de Dios, ni respecto de las criaturas (la ley eterna, al igual que Dios mismo, es perfectamente trascendente respecto de las criaturas, pero es un principio íntimo de su ser).

No comprendió mejor la teoría de la ley eterna Thomasio, para el cual Dios no obraría según una ley (lo que significa que entendió la ley eterna como una ley que obligaría a Dios), por lo que la ley eterna sería una ficción de los autores escolásticos: *figmentum Scholasticorum*. En esta línea de entender mal la teoría de la ley eterna, escribe que esa doctrina de los escolásticos es semejante a la teoría física de los paganos que enseñaron la existencia de una materia prima coeterna con Dios, y a la doctrina, también pagana, del hado en lo referente a las acciones humanas[80]. Basta recordar cuanto se ha dicho antes, para advertir que la teoría de la ley eterna es cosa bien distinta de cómo la entendió –o mejor, a cómo no la entendió– Thomasio.

Este autor, además, estableció el inmanentismo epistemológico (no es accesible a la razón el fundamento divino del derecho natural), al afirmar que la filosofía ignora si el derecho natural obedece a un mandato divino –cosa que pertenecería a la teología–[81]; por ello el filósofo debe prescindir del fundamento divino del

79. Ob. cit., lib. I, cap. II, VI, ed. cit., pág. 28.

80. *Institutionum Iurisprudentiae Divinae libri tres* (Halae Magdeburgicae 1720, reprod. Aalen 1963), dissert. proem., pág. 25 y lib. I, cap. I, 31, pág. 7.

81. *Fundamenta Iuris Naturae et Gentium*, 4ª ed. (Halae et Lipsiae 1718, reprod. Aalen 1979), lib. I, cap. V, § XXXII, pág. 152.

derecho natural, con lo cual privó a la misma ciencia del derecho natural (que para él es filosofía moral) de toda concepción trascendente del derecho. Aplicando el mismo principio, sostuvo que el filósofo –y por lo tanto el jurista– ignora la publicación –se sobreentiende por Dios–[82] del derecho natural, reafirmando así el inmanentismo epistomológico. Todo ello va unido a su tesis de que la ley natural pertenece más a los consejos que al imperio[83], por lo que Dios ha de entenderse más como maestro o doctor del derecho natural que como legislador[84], con lo que incide en un inmanentismo de fondo (el verdadero derecho –es decir el derecho positivo– sólo procede del hombre). Hay un claro inmanentismo de fondo, además del inmanentismo epistemológico (no cognoscitivismo).

b) Un inmanentismo que recuerda al de Grocio se encuentra en Wolff, para el cual la obligación propia del derecho natural tiene su razón suficiente en la misma esencia y naturaleza del hombre y de las cosas, por lo que la ley natural es inmutable y necesaria. Ahora bien, como la esencia y naturaleza del hombre y de las cosas tiene por autor a Dios, a la vez que puesta la esencia y la naturaleza aparece la ley natural, debe decirse que Dios es el autor de la ley natural y de su obligación, de modo que dicha ley es ley divina[85]. Lo más significativo de Wolff es la tesis de que el derecho natural tiene en la naturaleza humana su razón suficiente, de forma que la acción divina consiste en crear al hombre, de cuya naturaleza fluyen intrínsecamente el derecho natural y su obligación. De acuerdo con esa tesis, sólo impropiamente puede llamarse legislador a Dios.

c) Respecto del derecho positivo, la Escuela moderna del Derecho Natural estableció las bases para su consideración inmanentista a través de la teoría contractualista de la sociedad y del

82. Ob. cit., lib. I, cap. V, § XL, pág. 153.
83. Ob. cit., lib. I, cap. V, § XXXIV, pág. 152.
84. Ob. cit., lib. I, cap. V, § XL, pág. 153.
85. *Institutiones Iuris Naturae et Gentium* (Halae Magdeburgicae 1750, reprod. Hildesheim 1969), pars I, cap. II, §§ 38-41, págs. 20 s.

poder. Como es sabido, el iusnaturalismo moderno concibió la sociedad política y el poder como resultado del contrato social o pacto de sociedad. Tanto la sociedad política como el correspondiente poder tendrían su origen, no en la naturaleza (ley natural), sino en el consenso humano, a través del *pactum unionis* –el pacto de unión, que originaría la sociedad política– y del *pactum subiectionis* o pacto de sujeción, que daría nacimiento al poder[86]; no tienen, pues, un origen divino trascendente, sino un origen inmanente humano. En consecuencia, el derecho positivo –las leyes de la comunidad política y demás mandatos del poder– sería un producto meramente humano, que no derivaría del derecho natural, por lo que carecería de un fundamento divino. La sociedad, el poder y el derecho positivo no procederían originariamente de Dios, sino de los hombres.

d) Como ha podido verse, el inmanentismo de los iusnaturalistas modernos no es absoluto; no es todavía el total olvido de Dios como fuente y garante del derecho, pues, al menos por lo que respecta al derecho natural, establecieron algún enlace con Dios, aunque fuese de modo ciertamente débil, insuficiente y científicamente insostenible. Por eso no es de extrañar que la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, en 1776, hablase de que los hombres están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; o que la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, se remitiese al Ser Supremo, en cuya presencia y bajo cuyos auspicios la Asamblea Nacional se declaró reunida.

12. EL INMANENTISMO CONTEMPORÁNEO. *a*) Con el siglo XIX se produjo la rápida extensión del inmanentismo de fondo, que invadió a la filosofía moderna y a un buen número de ideologías. Todo ello influyó en la concepción inmanentista del derecho, especialmente a través de las varias formas de positivismo jurídico. El inmanentismo ha sido un fenómeno tan generalizado en la cultura occidental que ha llegado a hablarse de

86. Un resumen puede verse en J. HERVADA, ob. cit., págs. 260 ss.

"la muerte de Dios". Por eso resulta improcedente aquí detenerse en tales o cuales autores y es suficiente dejar constancia del fenómeno general, que abarca a la mayoría de las corrientes filosóficas y de las ideologías políticas y sociales (liberalismo, socialismo, capitalismo, etc.). Por otra parte, es muy común entre los autores no plantearse siquiera el tema de Dios, sino silenciarlo.

El inmanentismo filosófico e ideológico es un factor común a una serie de corrientes de pensamiento teórico y práctico, que, siendo distintas entre sí, coinciden en la concepción inmanentista del hombre, de la sociedad y del derecho. Estas corrientes se pueden agrupar en las siguientes líneas: el racionalismo ateo, el materialismo, el agnosticismo y el positivismo.

b) La raíz de todos estos movimientos hay que encontrarla en el abandono de la metafísica. Rechazada la metafísica, resulta una consecuencia directa e inmediata el total repudio de cualquier concepción trascendente del hombre, de la sociedad y del derecho, pues sólo la metafísica accede a las causas últimas y a la íntima esencia de la realidad.

La inaccesibilidad de nuestra razón a la realidad última de las cosas es una postura cuyo origen moderno es Kant, con su distinción entre el nuómeno y el fenómeno, y su tesis de que sólo el fenómeno es accesible a la razón. Ello le llevó a establecer una radical escisión entre el plano de la fe y el plano de razón y a situar el tema de Dios –propio del nuómeno– en la fe, entendiéndolo inaccesible a la razón. Con ello, el sistema filosófico y de pensamiento racional aparecen cerrados a toda consideración divina trascendente, y abocados a un inmanentismo al menos epistemológico. En particular, la filosofía del derecho, que como disciplina autónoma debe su origen al pensamiento kantiano, según se vió, se ha desarrollado en términos inmanentistas: el derecho es considerado como un fenómeno puramente humano, sin referencia al posible fundamento divino. También en este caso lo más común es silenciar el tema de Dios.

c) La mayor influencia en la filosofía jurídica la ha tenido el positivismo jurídico, en sus múltiples variantes (también el objeti-

vismo jurídico), que, nacido de filosofías inmanentistas –ateas, materialistas o agnósticas–, niega la trascendencia divina del derecho –la cual tiene como punto clave la existencia del derecho natural, como fundamento divino del derecho– y lo considera un producto totalmente cultural, obra originaria del hombre.

Rechazada por el positivismo la idea de derecho natural, el fundamento del derecho se puso en el poder, un poder inmanente al hombre, al Estado, sin ninguna vinculación trascendente. Como consecuencia, el poder se ha entendido como potencialmente ilimitado, aunque se ha procurado moderarlo mediante diversas técnicas, entre ellas la división de poderes y el freno de la constitución como suprema ley. Pero estas técnicas de equilibrio y moderación del poder no ahogaron la idea básica de ilimitación del poder. Principio fundamental del positivismo ha sido y sigue siendo que el derecho positivo es válido en tanto que se cumplan los requisitos formales para la elaboración y la promulgación de la norma, cualquiera que sea su contenido. Esa ilimitación potencial de contenido es una base fundamental del positivismo, cuya realización más aguda ha sido el totalitarismo.

d) Punto de especial interés, por sus efectos tanto teóricos como prácticos, lo constituye la concepción inmanentista de los derechos humanos. Entendido el derecho como producto cultural, los derechos humanos son concebidos también como productos culturales y, por lo tanto, como variables y cambiantes. Con ello, quedan fundados en las estimaciones subjetivas y relativas de la sociedad y en el consenso común, privados de toda base objetiva y sometidos a los cambios de opinión. Pierden en consecuencia su genuino sentido de base objetiva vinculante de la configuración de la sociedad y de límites a la prepotencia, defensa y garantía del respeto a la dignidad de la persona humana.

13. EL FUNDAMENTO ÚLTIMO DEL DERECHO. *a) Premisas. a')* Al preguntarnos por el fundamento último del derecho, nos situamos indudablemente en una posición metafísica. Efectivamente, sólo el conocimiento metafísico nos proporciona la última inteligibilidad de las cosas. Por eso, renunciar al acceso metafísico

al ser equivale –como se puso de relieve en la primera lección– adoptar una actitud de ceguera voluntaria, que deja sin explicación última a los seres. En lo que respecta al derecho, sin metafísica resulta imposible comprender la íntima naturaleza del derecho, de la ley y del poder. Es decir, la renuncia a la metafísica deja sin explicación última a los conceptos fundamentales de la teoría del derecho.

b') La contemplación sapiencial o metafísica de la realidad jurídica –como de cualquier realidad– conduce al tema de la relación entre el derecho y Dios, porque el Ser Subsistente es accesible a la razón, si bien no en sí mismo, sino en sus reflejos o manifestaciones en las creaturas. Se trata de un acceso racional y por ello filosófico, distinto –pero complementario y a modo de preámbulo– del conocimiento teológico por la fe. De ese conocimiento racional o filosófico tratan las líneas siguientes.

c') El quid de la cuestión reside en que, si toda realidad procede de Dios, es preciso comprender en qué sentido la realidad jurídica tiene un fundamento último divino y en qué medida el derecho natural y el derecho positivo pueden decirse que derivan de Dios.

Resulta obvio que desde posiciones ateas y agnósticas el tema que estamos tratando ni siquiera se plantea –se silencia–; proponer la cuestión e intentar resolverla supone admitir la existencia de Dios, como verdad fundamental. De este presupuesto básico –cuya demostración no pertenece a la filosofía del derecho, sino a la rama de la metafísica denominada teodicea– se parte en estas páginas.

b) *La ley natural. a'*) La cuestión de la trascendencia divina de la ley natural –cuestión común a toda la realidad jurídica y aún a toda realidad natural– debe resolverse atendiendo a dos verdades complementarias: por una parte, la ley natural es verdaderamente natural; por otra parte, nada en ella existe que no proceda de Dios. Por lo primero, no puede admitirse el voluntarismo extremado (v. gr. Ockham), para el cual nada objetivo hay en el hombre que sea *exigente*, imperativo, pues la ley natural es sólo signo de una

voluntad divina que puede cambiar arbitrariamente. Por lo segundo, resulta inadmisible el objetivismo extremado, que entiende que la ley natural es inmanente a la naturaleza humana, limitándose la acción de Dios a crear al hombre.

b') Dado que la ley natural es *natural*, ésta no puede entenderse como un mandato divino extrínseco captado por la recta razón, sino que es preciso afirmar que es manifestación de una dimensión de deber-ser –exigitiva, imperativa– inherente a la naturaleza humana. Es verdaderamente exigencia natural objetiva. Lo cual quiere decir que el orden (finalidad) –origen del deber-ser– es algo inherente al ser; no cabe la idea de ser sin orden, porque el orden es constitutivo del ser. Es impensable el ser sin el orden, ya que el orden está incluido en el trascendental bondad.

Pero por otro lado, debe también partirse de otro postulado: nada hay en la creatura que no proceda de Dios. Si Dios creó las criaturas, las sacó de la nada, lo que implica que nada hay en ellas que no sea de procedencia divina (de ahí el principio de que la creatura, por sí misma, es sólo la nada). Constituye un olvido de esta verdad fundamental, pensar en una ley que fluya de la naturaleza humana, sin que Dios haya puesto en ella la exigencia o imperatividad; eso supondría que un ser creado posee entitativamente algo que no procede de Dios, lo cual es contrario a la creación de la nada (de la nada, nada surge). En consecuencia, hay que afirmar que si la naturaleza humana tiene una dimensión de deber-ser, una ley natural, ello es debido a la voluntad divina, que ha querido y ha creado la naturaleza del hombre con una dimensión natural exigitiva o de deber-ser y, por lo tanto, quiere el desarrollo de la persona y de la sociedad humanas según esa ley. Se trata, en definitiva, de un orden establecido por la sabiduría divina y querido por la voluntad de Dios. La ley natural es ley divina. Eso sí, no se trata de una ley extrínseca, sino de una dimensión intrínseca, natural, de deber-ser.

c') Siendo esto así, es obvio que en Dios existe el modelo de la ley natural como razón y voluntad divinas, al modo como la ley existe en el legislador. Luego en Dios existe el ejemplar imperativo

de la ley natural; es lo que la tradición ha llamado la ley eterna. Y como todo lo que tiene la creatura es participación creada del ser divino, la ley natural no es otra cosa que una participación creada –por naturaleza– de la ley eterna en el hombre, como tan exactamente escribió Tomás de Aquino; a sus enseñanzas sobre la ley eterna nos remitimos.

d') Sin duda la ley natural tiene una dimensión moral personal; pero ya decíamos al principio de la lección que no era esta dimensión la que nos interesaba. Para la filosofía del derecho la ley natural tiene interés en cuanto norma jurídica, ley para la sociedad. Hay, pues, un núcleo fundamental del orden y de la armonía en la sociedad humana que, siendo natural, procede de Dios; es plan divino para la sociedad, sabiduría y voluntad divinas que señalan el orden fundamental –la armonía humana primaria– de la vida social y jurídica de la comunidad humana. No puede, consecuentemente, negarse a Dios el título de legislador primero de la sociedad de los hombres.

c) *Los derechos naturales. a'*) Aplicando los dos principios antes enunciados, hay que ratificar, en primer término, el carácter natural de estos derechos. Son cosas verdaderamente atribuidas al hombre y a él debidas en virtud de la propia naturaleza, consecuencia del inherente dominio del hombre sobre su propio ser y sobre el mundo circundante; son, pues, derechos naturalmente poseídos en virtud de una dimensión dominadora y exigitiva de la naturaleza humana.

Al propio tiempo, por razón del segundo principio (la nada radical de la creatura) es preciso establecer la procedencia divina de la atribución y del dominio –por lo tanto de la deuda– naturales; la naturaleza humana es dominadora y exigitiva, porque Dios ha querido así la naturaleza humana, manifestando de este modo el orden y la armonía naturales coherentes con la dignidad del hombre. Los derechos naturales responden, pues, a la sabiduría y a la voluntad de Dios y forman parte del plan divino sobre el orden y armonía fundamentales de la sociedad humana.

b') En el caso de los derechos naturales, el fundamento divino se encuentra en el señorío inherente a la naturaleza divina, de la que es imagen creada la naturaleza humana, cuyo señorío es reflejo del señorío de Dios. Por lo tanto, los derechos naturales son una participación en el hombre, poseída por naturaleza, del señorío divino.

c') En la medida en que los derechos humanos son derechos naturales, debe afirmarse que tales derechos, reflejos de la sabiduría y de la voluntad divinas en la naturaleza humana, son plan de Dios para la sociedad humana, como factores fundamentales de la correcta y justa organización de la vida social y jurídica. No son, pues, el resultado de estimaciones subjetivas o del consenso social, sino verdadera ordenación divina, manifestada a través de la naturaleza humana. Por lo tanto, establecer el respeto y la garantía de los derechos humanos –siempre en cuanto que sean derechos naturales– no constituye simplemente una acción política beneficiosa, sino también el establecimiento del plan divino para la sociedad humana. Correlativamente, la lesión de estos derechos fundamentales del hombre implica el quebrantamiento del orden social divino.

d) *La ley positiva. a'*) Mientras la ley natural representa el conjunto de preceptos divinos para la vida social, la ley positiva pertenece al ámbito de autonomía del hombre, esto es, aquel amplísimo sector de la vida social que Dios ha dejado a la libre opción de los hombres, a su inventiva y a su arbitrio. Esta esfera de autonomía no es anómica; necesita de normas reguladoras o leyes que completen el orden natural, para que la sociedad humana se desarrolle en plenitud de armonía, correctamente ordenada a sus fines. La ley positiva procede, pues, del hombre. Ahora bien, el poder de legislar, si es real y genuino poder de dar leyes verdaderas, es una facultad que posee por naturaleza la comunidad humana y, dentro de ella, los órganos legislativos. De acuerdo con el principio establecido antes, nada hay en la creatura que no proceda de Dios; por lo tanto, el genuino poder de dar leyes verdaderas es una facultad inherente a la naturaleza social del

hombre, que necesariamente tiene por causa a Dios. Este poder legislativo es *natural*, contenido en la naturaleza social del hombre, pero, como ya se ha dicho repetidamente, lo natural es causado por Dios, por lo que en último término la ley positiva tiene una base divina.

b') Como todo lo que posee el ser creado es reflejo y participación de Dios, el poder humano de dar leyes positivas es participación del poder divino. Se trata de una participación *creada*, natural, pero verdadera participación en el gobierno divino. Sin embargo, esto no significa ni que el poder humano esté investido de poderes divinos ni que sea vicario del poder de Dios. El poder humano es natural, plenamente humano, como los ojos son órganos naturales; y la ley humana es imperio humano, como la visión es una operación natural de los ojos. Pero así como los ojos y la visión proceden del poder creador de Dios, así la existencia del poder humano y de las leyes positivas obedece, en último término, a la sabiduría y a la voluntad divinas en cuanto se manifiestan en la creación del hombre dotado de naturaleza social.

Esto significa que el poder humano y la ley positiva aparecen en el ámbito de autonomía o autogobierno que el hombre, por ser libre, dotado de inteligencia e inventiva, ha recibido de Dios. En consecuencia, la ley humana representa el protagonismo del hombre en la tarea de completar el orden y la armonía del cosmos y de gobernarlo, así como mediante su trabajo completa la tarea de creación del universo. De ello se deduce la comprensión de una dimensión necesaria y esencial de la ley positiva: ésta debe ser ordenada y armónica, debe establecer un orden humano concorde con la dignidad de la persona humana, con la naturaleza del hombre y la naturaleza de las cosas. Una ley disarmónica, injusta, que atente contra la dignidad humana, contra la ley natural y los derechos naturales, es un abuso y extralimitación del poder recibido de Dios y, por tanto, en cuanto no tiene un fundamento divino, no pertenece al verdadero y genuino poder humano –es violencia, prepotencia–, por lo que carece de la consistencia de verdadera ley.

c') La ley positiva es una opción humana; como perteneciente al ámbito de autonomía, su contenido no deriva de la ley natural como consecuencia necesaria, sino como elección entre distintas posibilidades legítimas. Por lo tanto, recibe su fuerza vinculante de la capacidad de imperio del poder humano. ¿Cómo, entonces, hablar de una derivación de la ley humana respecto de la ley eterna, respecto de la sabiduría y de la voluntad divinas? En primer lugar, por la legitimidad del poder. En segundo término, en lo que atañe a su contenido, por la racionalidad de la regla imperada. Lo que pertenece al ámbito de autonomía no es la prepotencia o la irracionalidad, sino la recta razón. En efecto, puesto que el poder humano es un reflejo o participación del poder divino, sólo la recta razón es ejercicio legítimo del poder humano, pues únicamente ella participa de la razón divina que es recta por esencia.

d') Una consecuencia que se deriva del fundamento divino del poder humano y de la ley positiva es su inherente limitación. El poder humano no es ilimitado, pues se ciñe a una esfera determinada señalada por la legitimidad de ejercicio, esto es, por la recta razón. Lo cual constituye la más básica garantía de la justicia con el hombre y de su libertad. La ley humana, el poder del hombre, no pueden considerarse ilimitados, pues están constitutivamente circunscritos por unos límites, que son la legitimidad y la racionalidad, lo que es tanto como decir los derechos fundamentales de la persona humana, los cuales sólo encuentran adecuada garantía mediante una concepción trascendente del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

A. DE ASÍS GARROTE, *Manual de Derecho Natural*, I (Granada 1963); M. BERLJAK, *Il diritto naturale e il suo rapporto con la divinità in Ugo Grozio* (Roma 1978); E. BURKHART, *La grandeza del orden divino* (Pamplona 1977); O.N. DERISI, *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, 4ª ed. (Buenos

Aires 1980); R. GÓMEZ PÉREZ, *La ley eterna en la historia. Sociedad y Derecho en San Agustín* (Pamplona 1972); J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural* (Pamplona 1987); ID., *Lo nuevo y lo viejo en la hipótesis "etiamsi daremus" de Grocio*, en *Escritos de Derecho Natural* (Pamplona 1986), págs. 399 ss.; ID., *Inmanencia y trascendencia en el derecho*, en "Persona y Derecho", XXI (1989), págs. 185 ss.; E. LUÑO PEÑA, *Derecho Natural* (Barcelona 1947); C. I. MASSINI, *Inmanencia, trascendencia y derechos humanos*, en "Persona y Derecho", XXI (1989), págs. 173 ss.; F. PUY, *Lecciones de Derecho Natural*, I, 2ª ed. (Santiago de Compostela 1970); A. TRUYOL, *El Derecho y el Estado en San Agustín* (Madrid 1944); TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, I-II, q. 93; A. F. UTZ, *Etica Social*, II, *Filosofía del Derecho*, ed. castellana (Barcelona 1965).

LECCIÓN XII

EL CONOCIMIENTO JURÍDICO

SUMARIO: 1. Preliminares. 2. La realidad jurídica y su conocimiento. 3. El aspecto formal del conocimiento jurídico. 4. Los niveles del conocimiento jurídico. 5. La autonomía y la conexión de los niveles del conocimiento jurídico. 6. La ciencia jurídica. *a*) *En general*. *b*) *Características*. 7. El nivel prudencial.

1. PRELIMINARES. El ordenamiento jurídico o sistema de derecho es una estructura ordenadora de la realidad social. Es *ratio* o medida de la vida social, presidida por el derecho y la justicia. En parte es un orden dado (derecho natural), en parte es creación del hombre (derecho positivo). Y siempre exige un momento realizador: vivir conforme a derecho, que es vivir conforme a justicia.

El orden jurídico para ser vivido, el derecho para ser satisfecho, necesita ser conocido. Para ello, es preciso estar en posesión de unos *criterios*, de un *método* de trabajo, de unos *conocimientos*. Ocurre lo mismo que en las demás facetas de la vida humana: para obtener algo, para realizar bien una acción, no basta querer, hace falta saber.

Ser jurista –o en general vivir conforme a derecho– necesita un *saber*; presupone un hábito intelectual (dianoético) específico, consistente en saber realizar el orden social justo dentro de la sociedad. Por lo mismo, ser jurista es estar en posesión del hábito intelectual dirigido a establecer, dentro de la comunidad humana, el orden social justo; consiste, en definitiva, en ser el técnico de la justicia, como dimensión necesaria de la sociedad de los hombres.

2. LA REALIDAD JURÍDICA Y SU CONOCIMIENTO. Sistema jurídico y ciencia no se confunden, ni se pueden confundir. El orden jurídico es una realidad de comunicación personal objetivada, no interiorizada en la mente; es un orden objetivo exteriorizado propio de seres inteligentes, que no se agota en una simple idea. Pero el hecho de que sea un orden de seres inteligentes pone de relieve la necesaria intervención del entendimiento para que pueda existir. ¿Cuál es esta intervención de la inteligencia? ¿Es un puro conocer, o es también una operación que *produce* o, más exactamente, *construye* el orden social justo?

El orden jurídico es a la vez una realidad dada, objeto de conocimiento, y una realidad operable, construible, objeto de acción. Efectivamente, desde el punto de vista de su aplicación y cumplimiento, el sistema jurídico, para ser vivido, ha de ser conocido. Hay, pues, una indudable dimensión cognoscitiva, desde este ángulo de visión. Pero que el orden jurídico sea vivido implica su *realización*. ¿Qué debemos entender por realización? Los juristas acostumbran a decir también *cumplir*, o más frecuentemente, *aplicar*. Una norma, un deber, existen desde el momento en que formalmente tienen vigencia. Son, sin embargo, categorías que pertenecen al deber-ser, esto es, que deben ser realizadas (hechas vida real), mediante su conversión en la realidad social. Este proceso de aplicación es precisamente un aspecto de la construcción del orden social justo –la realidad organizada justamente– tal como lo entiende la doctrina del realismo jurídico. En consecuencia, vivir el orden jurídico es, al propio tiempo, un proceso de construcción de la realidad jurídica, producto de ese *saber* al que aludíamos antes.

Conocer es propio de la *ciencia*; operar o construir exige un *arte* (según la denominación más clásica y antigua), una *técnica* (de acuerdo con la terminología moderna). Conforme a esto, cabría distinguir la ciencia del derecho en sentido general, de la técnica o arte del derecho.

En principio y en líneas generales, en el lenguaje moderno los conceptos de ciencia y técnica o arte aparecen como distintos. Por ejemplo, se habla de una ciencia o conocimiento de la Pintura. El conocedor de la Pintura, *sabe* de los artistas, de los cuadros, de las distintas escuelas pictóricas; e incluso puede ejercer una función crítica o valorativa. Junto a esta ciencia, existe el arte o técnica de la Pintura en sus diversas grados, cuyos poseedores se llaman artistas, peritos, etc., según el grado y tipo de arte o técnica que posean. Son los que tienen la *habilidad* de pintar un cuadro, reproducirlo o restaurarlo. A esta habilidad no se llama ciencia, sino arte o técnica. Este lenguaje obedece al olvido de la *ciencia práctica*, o saber hacer u operar: es el arte o técnica.

Por eso ciencia y técnica del derecho no son cosas distintas. Es esto así, porque la ciencia jurídica no es una ciencia especulativa, sino una ciencia práctica.

Una *ciencia especulativa* se dirige simplemente a conocer un objeto y termina su operación en el conocimiento obtenido. Es indiferente que el objeto sea en sí mismo algo dado o sea también realizable, pues en cualquier caso la ciencia especulativa sólo tiende a conocerlo.

En cambio, la *ciencia práctica* tiene por objeto algo realizable, tomándolo formalmente como tal, es decir, precisamente como objeto de operación, pues es un conocimiento que se dirige intencionalmente a realizar el objeto. De ahí se sigue que en una ciencia práctica, la idea de realización concreta rige su método y su modo propio de investigación.

Pero aplicar una norma, cumplir un deber o satisfacer un derecho –realizar el orden jurídico– no es sólo un puro conocer, ni tener una habilidad. Exige una *decisión* en la cual la voluntad juega un importante papel. Esta decisión es producto de la prudencia jurídica o *jurisprudencia* (la *prudentia iuris* o *iuris prudentia* de quien realiza el orden jurídico). A esta decisión se dirige la ciencia

del derecho, enriqueciendo la dimensión cognoscitiva de la decisión (no basta querer, hay que saber, decíamos antes) y también, en último término, a potenciarla concurren los factores técnicos mencionados. Existe, pues, entre ciencia y prudencia jurídicas una conexión, que las integra en una unidad intencional (ciencia práctica o arte del derecho).

Analizado panorámicamente el tema, a continuación se expondrá una visión de conjunto del conocimiento jurídico y, con más detalle, las nociones de ciencia –en sentido estricto– y prudencia jurídicas.

3. EL ASPECTO FORMAL DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO. La sociedad tiene una dimensión jurídica. En ella existe un orden jurídico, que puede y debe ser conocido, sin que este orden jurídico sea el único aspecto de la comunidad humana. Con ello podemos establecer ya una primera acotación del carácter específico de la ciencia jurídica en sentido general. El saber jurídico tiene por objeto *el aspecto jurídico* de la sociedad humana; es ése su objeto de estudio y de conocimiento. Efectivamente, mas esto sólo es una primera y negativa forma de delimitar sus contornos. Nos dice que la ciencia jurídica no estudia, como objetos propios, los demás aspectos de la sociedad, pero no nos dice nada más. Sólo sería válido este criterio, si ninguna otra ciencia tuviese por objeto ese aspecto jurídico, pues desde el momento en que esta circunstancia no se dé, habrá que recurrir a otros criterios.

A este respecto no hay que olvidar un dato. Puesto que las ciencias se especifican por su forma típica de conceptualizar (el *modus definiendi et ennunciandi*), o perspectivas formales de conceptualización, sólo es posible que el aspecto jurídico de la sociedad sea objeto exclusivo de la ciencia jurídica, si únicamente es cognoscible o captable según una sola forma de conceptualizar, es decir, desde un solo nivel de abstracción y desde un solo aspecto. Pero ¿es esto cierto?

Que el aspecto jurídico de una sociedad en general no es objeto de una sola ciencia parece indiscutible. El derecho es objeto de estudio y de conocimiento por parte de la filosofía; cabe estudiar el derecho desde el punto de vista sociológico; puede ser estudiado

desde el ángulo de enfoque de la ciencia política, como forma de orden e instrumento de gobierno, etc. Sin embargo, ninguno de estos modos de estudiar y conocer el derecho constituye el específico saber jurídico. Cuando decimos que el jurista es el hombre del derecho, o que es el técnico del orden social justo, estamos haciendo referencia, respectivamente, al estudio del ordenamiento jurídico, desde una perspectiva peculiar: la *operatividad típica* o modo típico que tiene lo jurídico de operar en la vida social; esto es, estamos ante la consideración de la dimensión jurídica como algo que, según su propio modo de ser, opera efectivamente, ordenando la vida social de una comunidad humana. Operatividad típica, que quiere decir acción estructuradora y ordenadora de la vida social mediante unas específicas vinculaciones, relaciones, derechos, deberes, exigencias y mandatos.

Decimos *específicas* porque hay muchas vinculaciones, exigencias y mandatos que no son objeto de la ciencia del derecho, por no ser jurídicos. El aspecto jurídico se delimita por el *ius* o derecho –y la correlativa deuda–, o sea por relaciones con la nota de justicia estricta, de igualdad y de intersubjetividad. Intersubjetividad –o alteridad según vimos– quiere decir relación de hombres con hombres, presidida por la nota de *deuda* y *exigibilidad*, de fuerza vinculante. Y una deuda o exigibilidad que nace inmediatamente de la posición de cada hombre respecto al otro, como algo inherente a las respectivas posiciones en el contexto social o entre sí.

Con lo dicho queda delimitado el *aspecto formal* del saber jurídico: la socialidad humana vista *sub specie iuris*, o si se prefiere, *sub specie iustitiae*. En otras palabras, cuando la relación social se presenta con un contenido de derecho, deuda o exigencia de las personas respecto a las otras, bien por su condición personal, bien por su condición social.

Decir que hemos delimitado el aspecto formal del conocimiento jurídico –*sub ratione iuris*– es tanto como afirmar que todavía falta señalar el último elemento especificador: las perspectivas formales de conceptualización. En efecto, pero como este elemento especificante se mueve dentro de los diversos niveles de abstracción, quiere decir que el conocimiento jurídico en general tiene diversos

grados o niveles con las características comunes hasta aquí enunciadas.

4. LOS NIVELES DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO. Cuatro son los niveles del conocimiento de la realidad jurídica que, de acuerdo con la doctrina filosófico-jurídica más reciente, podemos señalar: el nivel *fundamental*, el *científico* o ciencia jurídica en sentido estricto, el *casuístico* y el *prudencial*. De estos cuatro niveles, sólo los dos primeros son ciencia en sentido propio (conocimiento por causas con validez general). La diferencia entre el nivel fundamental y el científico reside en que el primero se mueve en el plano de la abstracción *ontológica*, mientras el segundo opera dentro de un nivel de abstracción *fenoménica*[1].

a) La naturaleza epistemológica del nivel fundamental está determinada por moverse en el plano de abstracción propio del conocimiento *ontológico* o *metaempírico* –lo íntimo del ser y lo que le es inherente–, teniendo por objeto las realidades sociales, tanto naturales como históricas. Podemos llamarlo también *nivel fundamental*. Contempla la realidad jurídica como inherente al hombre y a la sociedad en virtud de su naturaleza y sus caracteres naturales, siempre conforme al objeto formal del saber jurídico. Se constituye formalmente en un grado típico del saber jurídico, distinto de los demás, porque se mueve en un plano de abstracción más alto (metaempírico) y, consecuentemente, conceptualiza, define y enuncia de modo propio y distinto. Esto le lleva a la creación de unos conceptos, a la adopción de un léxico nocional –de juicios y proposiciones– y a seguir un método típicos. De ahí que, si bien los términos usados en este nivel fundamental sean idénticos en ocasiones a los utilizados en los otros niveles, el contenido conceptual, la idea que expresan, es parcialmente distinta. Este nivel es el propio de la ciencia del derecho natural

1. Vide sobre este punto, J. MARITAIN, *Les degrés du savoir*, 4ª ed. (Paris 1946); J. M. MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico*, cit.; J. FERRER ARELLANO, *La gnoseología del Derecho*..., cit.; ID., *Filosofía de las relaciones jurídicas*, cit.

–no confundible con la filosofía del derecho– y de la fundamentación de las instituciones jurídicas positivas.

Cabe preguntarse si este nivel fundamental es necesario para el conocimiento completo de la realidad jurídica en orden a su realización. La respuesta no puede menos de ser afirmativa. La dimensión social del hombre por su propia configuración natural, tiene incoados unos principios de orden, unas exigencias y unos valores inherentes y asimismo existe el derecho natural. No es posible, pues, que se implante un verdadero orden social justo, si no se conoce y se respeta ese núcleo de orden incoado; un orden que es verdaderamente social y justo. Pero conocer este orden incoado es propio del nivel que acabamos de delinear, por precisar un conocimiento metaempírico de la íntima esencia, naturaleza, valores y orden natural de la realidad. Y esto sólo es posible en el nivel de abstracción del nivel ontológico. Este nivel tiene por tema no sólo el orden jurídico natural, sino también el derecho positivo, pero, como es obvio, desde su perspectiva típica. Por eso no estudia técnicamente el derecho positivo, sino *ontológicamente*, en razón de sus causas íntimas, es decir, su esencia, su función, su justificación y su valoración más radicales. Tiende, pues, a captar la realidad jurídica del hombre y de la sociedad en su nivel más alto y profundo de conocimiento jurídico.

b) El segundo nivel del conocimiento jurídico es el *científico*. Estamos ante la *ciencia del derecho* en sentido estricto y más propio.

La ciencia jurídica se caracteriza por ser un conocimiento *fenoménico*. Por tratarse de una ciencia, se pregunta por las causas, pero no se dirige a la captación de las causas íntimas, que explican en su integridad la realidad jurídica (estas causas íntimas son objeto del primer nivel expuesto), sino tan sólo las causas próximas y aparentes (aparente quiere decir causa captable empíricamente, v. gr., la ley promulgada o la costumbre, la decisión judicial, el contrato, etc.). Se distingue por el modo particular de analizar que emplea en la determinación conceptual de la realidad jurídica; esto es, por la perspectiva formal de concep-

tualización. Más adelante se expondrán sus caracteres con mayor detenimiento.

c) Un tercer nivel, que propiamente no es ciencia o lo es de modo ínfimo, es el representado por el *casuismo jurídico*.

Decir que no es ciencia o que lo es en grado ínfimo no tiene ningún sentido peyorativo. Se pretende aludir con ello al escaso nivel teórico y abstractivo en que se mueve; en cambio, por su gran nivel de practicidad, puede ser un instrumento muy útil en el mundo del derecho. Decir, como lo ha hecho algún autor, que la casuística es la tumba de la verdadera ciencia, constituye una evidente exageración.

El casuismo no se propone analizar teóricamente la realidad jurídica, sino *sintetizar* conclusiones derivadas de los niveles anteriores para resolver posibles casos (ya ocurridos o que puedan ocurrir) con todas aquellas circunstancias que los configuran como singulares. Tiene un cierto grado de abstracción, puesto que no resuelve una situación real (como lo hace el juez que dicta una sentencia), sino un caso *típico*, una situación pasada o posible. El casuismo es, pues, un conocimiento típico (estudia sobre todo casos reducidos a tipos) y a modo de ejemplar, no inmediatamente práctico y existencial.

d) Con estos tres grados o niveles se agota el conocimiento jurídico que, teniendo una dimensión práctica, se ciñe al puro conocer. Pero, como ya dijimos, existe otro nivel que, si bien comporta un conocimiento, también consiste en una decisión. Es la realización del orden jurídico en la vida real, en las situaciones singulares y realmente existentes. Es la resolución de un juez, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho, o la actuación conforme a justicia y derecho. Esta *decisión*, que no es la conclusión de un silogismo lógico, ni tampoco un acto arbitrario de la voluntad, es producto de una virtud (el derecho pertenece al ámbito de lo agible): la prudencia jurídica.

El nivel prudencial no tiene nada de abstracto o genérico. Es un conocimiento realizador, inmediatamente práctico, que introduce en la existencia una justa decisión organizadora de la sociedad.

Decisión que se produce en un momento absolutamente único, irremplazable e insustituible. Sus características son: *la inmediata practicidad* y *ser un conocimiento sintético*, pues aplica un saber teórico a la situación existencial, con todas las circunstancias que la definen como singular.

5. LA AUTONOMÍA Y LA CONEXIÓN DE LOS NIVELES DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO. Cada uno de los niveles del conocimiento jurídico estudiados se caracterizan por su peculiar perspectiva formal de conceptualización. Hay que exceptuar el nivel prudencial, en el cual no se puede hablar en rigor de conceptualizar, por no existir ningún grado de abstracción; pero en esto radica su diferencia específica.

Una consecuencia importante de este hecho diferencial es la autonomía de cada uno de estos niveles. Por autonomía científica se entiende que cada ciencia particular (cada nivel) tiene un método propio y un aparato conceptual específico, correspondientes a una perspectiva formal o modo de sintonizar intelectualmente con la realidad jurídica. Cada ciencia tiene en sí el instrumental necesario para alcanzar la verdad desde su perspectiva. En este sentido, el nivel ontológico y el nivel científico tienen entre sí una determinada autonomía específica, como también la tiene la decisión prudencial, como veremos en su momento.

Pero, por otra parte, ninguno de estos niveles de conocimiento puede tener pretensiones de exclusividad, porque todos son radicalmente insuficientes para conocer y realizar el orden jurídico en su totalidad. Cada uno de ellos nos da una perspectiva, una visión –o más exactamente una versión, dado que el entendimiento no es puramente pasivo; de ahí la diferente conceptualización– de la verdad del objeto, que ninguno de ellos agota.

La radical insuficiencia de cada uno de los niveles del conocimiento jurídico, muestra la necesidad de una conexión entre ellos. Esta conexión aparece ya en su orientación a la realización del orden social justo, en la nota de practicidad, que mediata o inmediatamente es propia de todos los niveles expuestos. Hay entre todos ellos una continuidad de tendencia y dirección hacia la praxis. Pero sobre todo, el hecho de que existan diversos niveles

indica que la realidad jurídiça es inabarcable por uno solo de ellos y que la realización del orden social justo exige, para ser conseguido de modo integral, el conocimiento de la realidad jurídica en todos los niveles, integrados por una misma conexión y en la unidad existencial del cognoscente.

Cabría pensar que la conexión consiste en que se trata de niveles de un mismo saber, y no de distintos saberes. Tal proposición no tendría en cuenta que cada nivel se caracteriza por un método típico de conceptualizar, por su perspectiva formal de conceptualización, y eso es precisamente lo que, especificándolos, los distingue formalmente entre sí.

Distinción y autonomía –que vienen dadas por la incapacidad de la mente humana para conocer enteramente la realidad jurídica, si no es a través de diversas perspectivas, de diferentes modos de conceptualizar y de métodos– y conexión necesaria, por ser un mismo objeto lo conocido, son dos rasgos que no pueden ser olvidados, como no se puede minusvalorar uno de ellos en favor del otro, sin incurrir en una actitud gnoseológicamente incorrecta.

¿Como operan, entonces, los resultados de cada nivel respecto al otro? A modo de *datos*, de verdades de las cuales hay que partir, pero que no se integran en un nivel distinto del que han sido obtenidos, si no es a través de su conceptualización y su tratamiento conforme a la perspectiva y el método propios de cada saber.

Según esto, hay que evitar dos defectos. Primeramente la confusión metodológica y el uso indiscriminado por una ciencia de los conceptos y resultados elaborados por otra; en segundo lugar, convertir la autonomía de los distintos niveles en autosuficiencia, propugnando o siguiendo una pureza metódica total. En cambio, el rigor científico y las necesidades del conocimiento exigen una *pureza metódica formal*, que no consiste en prescindir de los datos de otras ciencias, sino en no utilizar sus métodos, en no hacer objeto de estudio aquello cuya investigación no les pertenece, y en no traspasar indiscriminadamente sus resultados a la propia ciencia.

6. LA CIENCIA JURÍDICA. *a) En general.* El nombre de ciencia se da al conocimiento de una cosa por sus causas (*cognitio certa per causas*). Dado este sentido de la palabra ciencia, pocos saberes merecen mejor este nombre que la filosofía y, dentro de ella, la metafísica. Pero modernamente, sobre todo a partir del s. XIX, se denomina ciencia por antonomasia –como ya se dijo– a un tipo específico de saber, que ha alcanzado su verdadero desarrollo en los últimos ciento cincuenta años: el saber fenoménico, es decir, aquel conocimiento que tiende a aprehender el objeto por sus causas próximas y por sus condicionamientos aparentes. Es un saber cuyas características epistemológicas difieren sustancialmente del conocimiento ontológico (aquel que es propio de la filosofía o del nivel ontológico), por lo que es frecuente establecer la contraposición filosofía-ciencia, como dos saberes específicamente diversos. Al distinguir en el apartado anterior entre nivel fundamental y nivel científico, ya señalábamos que el primero de estos dos niveles tiende al conocimiento ontológico, mientras el segundo es un saber fenoménico. Esto supone admitir un saber científico (*cognitio certa per causas*) distinto del ontológico. E implica al mismo tiempo que llamemos ciencia jurídica, nivel científico, etc., a dicho nivel cognoscitivo, usando estos términos en el sentido restringido moderno ya señalado.

Para que un conjunto de conocimientos se considere una ciencia ya formada es preciso que, además de autonomía, tenga unas características epistemológicas, que de modo general se resumen en la definición que antes hemos recogido: *cognitio certa per causas*. Pero también es necesario que sea un conjunto *sistemático*. Por tal se entiende la ordenación lógica de la materia (sistemática externa) y de modo principal –como consecuencia de su naturaleza epistemológica– que se trate de unos conocimientos obtenidos conforme a unos principios y un procedimiento conclusivo (argumentación) propios, todo lo cual da lugar a unos conocimientos concatenados, que se vierten en un sistema científico o conjunto armonioso de conocimientos (sistemática interna o sistema en sentido más propio). Entonces es cuando la multiplicidad de conocimientos se constituye en la unidad de un solo saber: una ciencia.

El nacimiento de la ciencia jurídica como un conocimiento autónomo distinto del filosófico (entramos ya en la distinción ciencia-filosofía) se produjo cuando apareció un sistema de conocimientos obtenidos, no a nivel filosófico, sino fenoménico, con la legítima pretensión de autonomía, por ser diverso el nivel epistemológico en el que se alcanza ese conocimiento y ser distinta la perspectiva formal de conceptualización (el *modus ennunciandi et definiendi*). Fue el origen de una ciencia jurídica que de ningún modo es una parte de la filosofía moral (en su caso, una ciencia canónica que bajo ningún concepto es una parte de la teología moral).

La ciencia jurídica –la *nueva ciencia* del derecho, obtenida a nivel fenomenológico– supone: a) un saber y no sólo una técnica; b) un saber general, válido sin estar ligado a la contingencia de lo singular; c) unos principios propios, la concatenación interna de conocimientos y su reducción a la unidad (sistema jurídico); d) limitación del conocimiento de la realidad jurídica a los fenómenos observados y observables; es decir, en su *positividad*, en cuanto captables fenomenológicamente, sin acudir para conocerlos al nivel filosófico. Todo lo cual implica unas reglas de *explicación* e *interpretación* propias, típicas de este nivel; esto es, un método jurídico propio, libre de contaminaciones o escarceos filosóficos. Pues bien, construir una ciencia jurídica de estas características ha sido obra de la nueva ciencia jurídica inaugurada con la Escuela Histórica y con la introducción del método científico o sistemático moderno.

Sin embargo, y paralelamente a lo ocurrido en las ciencias de la naturaleza, este proceso no ha estado libre de exageraciones, ni de ese "error trágico" del que habla Maritain. Si la ciencia tradicional no supo –o no pudo, dado que la naturaleza humana está sujeta a la ley del progreso– descubrir la autonomía del nivel científico y lo redujo a una parte de la filosofía o de la teología, la nueva ciencia confundió la autonomía con la independencia, la positividad con la negación de todo fundamento filosófico (que algunas corrientes de pensamiento quisieron sustituir por la *Allgemeine Rechtslehre* o Teoría general del Derecho) y con el desconocimiento del derecho natural. Todo lo cual condujo al conceptualismo, al positivismo, al

formalismo, al logicismo (sustitución de la razón práctica por la razón especulativa) y al consiguiente olvido de la prudencia jurídica, Defectos muy graves todos ellos, que explican el clima de recelo hacia ella surgido en ciertos sectores al final de la última gran guerra, pero que no nos pueden llevar a desconfiar de la validez radical de la ciencia jurídica entendida como saber fenoménico una vez que se eviten dichos defectos.

b) *Características*. Podemos señalar del siguiente modo las características epistemológicas de la ciencia jurídica:

1ª. *El tema u objeto material* que considera es, o puede ser, toda la realidad jurídica en cuanto empíricamente observable. Decir toda la realidad jurídica, implica afirmar que la ciencia jurídica tiene por tema el *derecho positivizado*, tanto el derecho natural como el derecho positivo.

2ª. *La perspectiva mental de consideración de la ciencia jurídica*, que condiciona toda su manera típica de conceptualizar, afirmar o definir, depende del aspecto de la realidad jurídica que el nivel científico intenta desvelar; a saber, aquel conjunto de datos que aparecen ante una observación fenoménica. Debe, pues, considerar el sistema jurídico en sus peculiaridades para describirlo analítica y exegéticamente; pero no se limita a describir, sino que tiende a *elaborar unos conceptos jurídicos*, obtenidos por una generalización abstrativa cada vez más amplia de los contenidos observados, en su efectiva vigencia en la vida social. Para ello, el jurista debe tender a conocer y poner de relieve, como principio de interpretación, los fines inmanentes al ordenamiento jurídico, pues sólo en ellos cobran sentido las normas que se analizan.

También aquí son oportunas varias observaciones. En primer lugar, los fines a los que acabamos de aludir no son los fines últimos o transcendentes del orden social (los que hemos llamado en otras ocasiones fines últimos). Tales fines son tenidos en cuenta como *datos*; pero su conocimiento y averiguación escapan de este nivel por ser propios del nivel ontológico antes descrito. En cambio, los fines inmanentes –esto es, aquella concreta dirección organizadora de la vida social, a manera de bien o valor a los que tiende el ordenamiento jurídico como fines propios de él, llamados

también fines inmediatos, parcelas del orden social justo–, no sólo son fines jurídicos, sino también cognoscibles y captables directamente por la ciencia jurídica. Con razón decía Renard que en el derecho los fines forman parte de la misma ciencia. Esto es cierto, pero los fines entran a formar parte de las ciencias según la propia naturaleza epistemológica de cada una de ellas. Y en la ciencia jurídica, conforme a su grado de abstracción fenomenológica. Por lo demás, si bien el conceptualismo y el formalismo han caído en el defecto de hacer abstracción de los fines, no es menos cierto que ya Ihering defendió que el derecho se produce en razón del fin, y los modernos métodos teleológicos o finalistas han venido a darle la razón.

La segunda observación se refiere a los conceptos. Se trata de nociones obtenidas a nivel fenoménico y, por tanto, típicos de este nivel; en consecuencia no se confunden ni se pueden confundir con los obtenidos a nivel ontológico. Sólo dan a conocer la realidad jurídica en un grado determinado de cognoscibilidad.

La tercera observación es, sin duda, la más importante y la más difícil de esclarecer. Se refiere a la nota de *positividad* que debe tener el orden jurídico para poder ser científicamente estudiado. Que la ciencia jurídica sólo estudia el derecho en cuanto positivizado, no parece que pueda negarse en buena gnoseología. Todo estudio a nivel científico, trátese del derecho o de las ciencias físicas o naturales, es fenoménico, porque por definición se ciñe a lo empíricamente observable, a aquello que se denomina *fenómeno* (lo dado en cuanto experimentable). No se trata, pues, de hacer cuestión sobre la existencia del derecho natural, por ejemplo; lo que se plantea es un problema estrictamente epistemológico. Desde este punto de vista, la respuesta no ofrece dudas; sólo el derecho positivizado puede ser objeto de la ciencia, en virtud de sus características epistemológicas, porque sólo este derecho es empíricamente observable.

¿Significa esto que la ciencia jurídica no estudia el derecho natural? No, como ya hemos dicho; sólo quiere decir que lo estudia una vez se ha *manifestado* en el orden jurídico y, en consecuencia, pasa a ser conocido como tal por la comunidad humana (*positivación* del derecho natural). Esta toma de conciencia se realiza

históricamente, de modo progresivo, a medida que la humanidad, conociéndose, va desvelando cada vez más profundamente su naturaleza y dignidad. Pues bien, mientras un elemento de derecho natural no se ha manifestado, no se ha hecho consciente, es obvio que la ciencia jurídica no puede hacerlo objeto de estudio. Ni es tampoco misión suya manifestarlo, pues es lo propio del nivel ontológico.

Esta limitación gnoseológica no impide para nada que la ciencia jurídica sea suficiente para su objeto: el estudio del derecho vigente. Un factor de derecho natural, hasta tanto no se ha manifestado en la conciencia jurídica de la comunidad humana, no es, propiamente hablando, *derecho vigente*. No forma parte de ese orden social que, en un momento histórico dado, rige eficazmente la sociedad ¿Puede decirse de verdad, si es que las palabras significan algo, que una norma de derecho natural, hoy desconocida en absoluto, y que quizás sea conocida dentro de doscientos años, es ya hoy parte del derecho vigente? Afirmar tal cosa sería olvidar uno de los rasgos esenciales del derecho: su historicidad. El derecho no es ningún ideal, ni ningún prototipo. Es un orden *histórico práctico*, esto es, aplicable *hic et nunc*. Y la ciencia jurídica es una ciencia *práctica* como hemos dicho; su objeto es un operable; y un factor desconocido no puede considerarse seriamente como tal. No hay, pues, derecho vigente, en orden a la ciencia jurídica, que es práctica, donde no hay operabilidad, o sea aplicabilidad.

Al proceso en cuya virtud un orden jurídico pasa a su *existencia histórica* lo llamamos *positivación*. Pero esto no significa que el derecho natural deba ser acogido como parte del derecho positivo para considerarse positivizado. Cualquier medio de los existentes para que la progresiva toma de conciencia del derecho natural se produzca son medios, cada uno según su propio modo, de positivación. A partir de ese momento puede ser objeto de la ciencia jurídica.

3ª El *fin* que se propone la ciencia jurídica es elaborar un sistema armonioso de conocimientos lógicamente estructurados –toda ciencia es sistema–, que haga posible aprehender y ordenar mejor la realidad jurídica tratada, facilitando así su comprensión,

interpretación y aplicación. Para ello se vale de los conceptos antes indicados como principios reguladores. Esta finalidad técnica y práctica condiciona y da sentido a todos los análisis teóricos propios de este nivel de conocimiento.

7. EL NIVEL PRUDENCIAL. *a*) La efectiva realización del orden social justo, decíamos, exige una decisión. Por eso el momento realizador del orden social justo no se limita al nivel ontológico ni a la ciencia jurídica. Por el contrario, una y otra se dirigen tendencialmente a dicha decisión realizadora. Esta decisión, en cuanto acción humana, es efecto de la concurrencia de la voluntad y del entendimiento: el querer y el saber. El primero es orientado por la justicia como bien al que se tiende; el segundo se rige por la prudencia, como norma o virtud del recto obrar.

Ya antes, al hablar del nivel ontológico y del nivel científico hemos hecho referencia al saber. ¿No son acaso suficientes estos niveles? ¿No serán los factores cognoscitivos de la decisión las conclusiones de la ciencia jurídica? A ambas preguntas hay que contestar que no. El momento normativo no es una simple aplicación del derecho natural ni de ese orden incoado en la realidad social al que antes hemos aludido. Es una *opción histórica* en la que el legislador tiene una función directora y creadora. Ante el autor de la norma –sea éste el que gobierna, sea la comunidad que introduce una costumbre, sea quien tiene un *ius statuendi*– se ofrecen en principio una gama de posibilidades como consecuencia de la autonomía que es propia del hombre en la modelación de su destino. Por eso el acto de dar una norma importa una elección. Esta elección está desde luego condicionada por una serie de factores, de los cuales los principales son el derecho natural y la naturaleza de las cosas. No puede ser, pues, una decisión voluntarista como pretende la doctrina del voluntarismo jurídico. Por el contrario, implica, junto a la voluntad de justicia, el conocimiento de la realidad y de los factores condicionantes. ¿Por qué el conocimiento de la realidad? Porque los fines a los que se tiende y los principios que deben ser aplicados hacen referencia inmediata a la situación real. Es ésta la que ha de ser social y justamente ordenada y, en consecuencia, debe serlo según su

propia naturaleza y situación histórica. Según esto, el momento legislativo comporta una elección y una adaptación de los medios y de las normas a la realidad. Todo ello es un proceso que no es propio de la lógica –razón especulativa–, sino un acto de la razón práctica; esto es, un proceso *prudencial* (pues el hábito recto del bien obrar de la razón práctica recibe el nombre de prudencia). Es una parte de la prudencia política.

Lo mismo cabe decir de la realización del orden jurídico. La decisión judicial o cualquier conducta conforme a derecho no son tampoco el resultado de un proceso lógico de la razón especulativa. En efecto, toda norma dada por el legislador –incluso el precepto o la norma singular– tiene un carácter general y abstracto, más o menos intenso según los casos. En primer lugar, y esto afecta sobre todo a las leyes, el legislador contempla y regula casos generales en lo que tienen de común entre sí. En cambio, el caso o situación real no es un caso general ni una abstracción; es un hecho singular y único, que si coincide con los rasgos generales contemplados en la norma, tiene también otros, e incluso puede no coincidir en todo con esos rasgos generales. En segundo término, el legislador, o el que da el precepto, no planifica milimétricamente la acción del sujeto. Generalmente se trata de normas incompletas que deben ser completadas por la prudencia del destinatario de la norma. En presencia de esta norma relativamente incompleta cada destinatario deberá juzgar qué conducta debe adoptar para cumplirla. Este juicio será, en definitiva, el complemento de la norma legislativa.

La prudencia jurídica del legislador no excluye la de los destinatarios de la norma; al contrario, la supone. Toda norma, por abstracta y general, exige una *adaptación* más o menos amplia al caso concreto. Esta adaptación, sin embargo, no es arbitraria, sino prudencial, esto es, se ha de realizar en función de la situación real. Implica, por tanto, la aplicación del derecho establecido; pero lo aplica conforme a las condiciones reales de la vida social.

b) Los actos que constituyen el proceso de la decisión jurídica prudencial son: la *deliberación*, el *juicio* y el *imperio*. Los dos primeros le competen en cuanto es cognoscitiva; el tercero, en

cuanto es preceptiva. Por la deliberación el legislador indaga las normas posibles, por el juicio determina la más adecuada, y por el imperio la impone. A su vez, por la deliberación el destinatario inquiere la norma aplicable y las diversas posibilidades de adaptación; por el juicio elige de entre éstas la más conveniente a las circunstancias concretas; por el imperio actúa conforme a derecho.

c) Aunque la decisión prudencial tiene un elemento voluntario, fundamentalmente es un saber, una captación cognoscitiva de la realidad y de la norma aplicable. Las características epistemológicas del nivel prudencial las hemos indicado anteriormente: la inmediata practicidad y ser un conocimiento sintético. En este carácter sintético radica, en buena parte, su conexión con el nivel fundamental y el científico. Las exigencias abstractas captadas por el entendimiento a nivel ontológico y las verdades también abstractas y generales obtenidas a nivel científico, son sintetizadas y realizadas en la concreta y singular situación a través del juicio prudencial. Las conclusiones abstractas –y por tanto despojadas de toda condición material de existencia singular– obtenidas a nivel ontológico o a nivel científico tienen un carácter de generalidad, que las hace inaplicables a la situación concreta sin la intervención de la síntesis prudencial. No se trata, pues, de una conclusión lógica, a modo de silogismo, sino del paso de los principios abstractos a la decisión concreta, en una síntesis de los elementos universales y generales normativos con los propios de la existencia real y singular del caso. En este sentido, la construcción científica perfecciona y garantiza la decisión prudencial, pero no la sustituye.

d) La prudencia jurídica debe tener, entre otros de menor importancia, los siguientes requisitos: la experiencia, la intuición, el consejo, el buen juicio y la oportunidad. Asimismo, la equidad o virtud de la resolución de los casos más allá de las normas comunes.

BIBLIOGRAFÍA

N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica* (Torino 1950); J. A. DORAL, *Problemas actuales de la fundamentación del Derecho* (Piura 1987); J. FERRER ARELLANO, *Filosofía de las relaciones jurídicas* (Madrid 1963); L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Milano 1967); ID., *Corso di filosofia del diritto* (Padova 1981); J. M. MANS, *Hacia una Ciencia general y unitaria del Derecho*, 2ª ed. (Barcelona 1962); J. MARITAIN, *Les degrés du savoir*, 4ª ed. (Paris 1946); J. M. MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico* (Pamplona 1963); A. MONTORO, *Análisis estructural y conocimiento jurídico* (Murcia 1982); L. E. PALACIOS, *La prudencia política*, 2ª ed. (Madrid 1946); J. PIEPER, *Las virtudes fundamentales* (Madrid 1976), *Prudencia*; M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Introducción a la Ciencia del Derecho* (Salamanca 1991); TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, qq. 47 a 56; F. VIOLA-M. URSO, *Scienza giuridica e diritto codificato* (Torino 1989).

LECCIÓN XIII

LÍNEAS GENERALES DEL MÉTODO DE LA CIENCIA JURÍDICA

1. PLANTEAMIENTO. *a*) Si las ciencias se especifican en última instancia por el modo de enunciar y definir, es obvio que el método, procedimiento e instrumental del conocimiento, es de suma importancia en toda ciencia y, en concreto, en la ciencia jurídica. Puede decirse que es jurista quien está en posesión del método propio de esta ciencia; y no lo es quien lo desconozca, pues aunque posea multitud de conocimientos jurídicos no pasará de ser un erudito. Ser jurista es, sobre todo, poseer un hábito mental, un criterio, un método.

b) El método jurídico se distingue por la forma típica de elaborar los conceptos propios y por el modo de alcanzar el orden social justo. En este sentido, el jurista conceptualiza, razona, enjuicia y procede conforme a unas reglas –conforme a un método– distintas de las propias de otras ciencias. Este método viene determinado por la verdad práctica que la ciencia del derecho tiende a aprehender y por el bien (orden social justo) que trata de conseguir.

El método jurídico no es ninguna ingeniosa invención sino una estricta necesidad. Viene impuesto por cuanto decíamos antes sobre el modo de operar el entendimiento humano. El aspecto jurídico de la realidad humana sólo es correcta y plenamente captable, si el entendimiento sintoniza adecuadamente con la realidad, al mismo tiempo que sigue las reglas a cuyo través puede aprehender la verdad jurídica y contribuye a construir el orden social justo.

Este carácter necesario del método jurídico debe llevar al jurista a un escrupuloso rigor metódico; adoptar métodos, modos de conceptualizar, enunciar o proceder propios de otras ciencias (v. gr. la sociología o la semiótica) sólo conduce a errores e imprecisiones.

c) Lo primero que exige el método jurídico, como condición y presupuesto, es el *criterio jurídico* o *visión propia del jurista*. ¿En qué consiste esta visión de jurista? Sencillamente en contemplar la realidad desde el punto de vista de la ordenación justa de la sociedad (orden social justo). Por consiguiente, observa la realidad y sus leyes en la medida en que producen y consiguen el orden; pero no cualquier orden, sino precisamente aquel que se basa en criterios de justicia y, por lo tanto, en la satisfacción del derecho de cada uno; por último, no contempla la actividad desde el punto de vista individual, sino en su vertiente social.

El segundo presupuesto es la *pureza metódica formal*. La ciencia jurídica es una ciencia *autónoma*, a la vez que dependiente de los datos de otras ciencias. La ciencia jurídica estudia la realidad social desde una perspectiva propia –relaciones sociales con las notas de intersubjetividad y justicia– que se distingue de otras

perspectivas; es, pues, una ciencia distinta y autónoma. ¿Qué quiere decir autónoma? Sencillamente que tiene un modo propio de conceptualizar y un método peculiar, que no recibe de otra ciencia; no es una ciencia subalternada (una parte, siquiera específica, de otra ciencia, como v. gr. la filosofía o la sociología). Dicho de otro modo, tiene un instrumental suficiente para conocer el objeto material en función de su objeto formal.

Pero esta autonomía no quiere decir autosuficiencia ni se opone a lo que se llama subordinación de las ciencias. Por el contrario, la ciencia jurídica, como decíamos, necesita de los datos de otros niveles y de otras ciencias, en virtud de su *insuficiencia* para captar la realidad total.

Toda acción humana encuentra su último y más íntimo módulo de orden en el ser y sus fines últimos, de tal forma que su conocimiento en el plano científico requiere a veces conocer los principios que rigen el ser y sus fines últimos. De este modo, la filosofía, y de modo especial el nivel ontológico, deberán proporcionar a la ciencia jurídica un necesario bagaje de saberes previos. Y se lo deberán proporcionar, porque la ciencia jurídica –si se es consecuente con su caracterización epistemológica realizada en apartados anteriores– se mueve en un nivel abstractivo y maneja un instrumental (fenoménico) a los que escapan el estudio del ser y de sus fines últimos.

Ahora bien, estos *datos* que le son proporcionados a la ciencia jurídica están elaborados mediante un instrumental distinto al propio de dicha ciencia. Además están obtenidos en muchas ocasiones a un nivel de abstracción superior, lo que supone que han sido despojados de notas que el jurista debe tener en cuenta y que matizan las conclusiones a la hora de su aplicación a la vida real. Por ello, esos *datos* deberán ser conceptualizados y contemplados según la perspectiva propia del jurista para obtener de ellos una conclusión científico-jurídica. Es, en definitiva, la aplicación del proceso normal de conocimiento de la ciencia del derecho al dato filosófico, sociológico o de nivel fundamental.

El jurista, por lo tanto, necesita de los datos que el filósofo o el sociólogo le proporcionan, pero esos datos no deben ni pueden –en buena gnoseología– aplicarse al derecho sin pasarlos por el

tamiz de los criterios jurídicos por una sencilla razón: son datos que están obtenidos a través de unos modos típicos de conceptualización que dan una visión sociológica o filosófica, distinta de la jurídica, puesto que es distinta la perspectiva de consideración.

En todo esto no debe olvidarse que una cosa es la realidad y otra distinta los grados o niveles de conocimientos y que, por consiguiente, ningún nivel o grado de saber es *exclusivo*, sino parcial. Otra cosa distinta es que un mismo sujeto pueda tener un conocimiento total de la realidad a través de las diversas ciencias y niveles cognoscitivos.

d) Si se es consecuente con la gnoseología de la que partimos, es preciso llegar a la conclusión de que cada ciencia se mueve a un distinto nivel abstractivo y en diversas perspectivas de consideración, lo que implica no sólo la posibilidad, sino la necesidad de una pureza metódica. Pero esa pureza metódica no es total, sino formal. En otras palabras, el jurista no puede tener en cuenta sólo los datos estrictamente jurídicos (normas, sentencias, derechos, etc.), sino que en muchas ocasiones tendrá que acudir a realidades metajurídicas y a los datos que le proporcionan otras ciencias. Pero esas realidades y esos datos serán estudiados con visión de jurista, desde la perspectiva típica de la ciencia jurídica. De este modo, tomará sólo aquellos datos que tengan *relevancia jurídica*, que maticen o condicionen el orden o el actuar jurídicos, y los estudiará –dentro ya de la ciencia jurídica– con un método jurídico, único modo de que el resultado sea asimismo jurídico. Si los datos son estudiados con un método no jurídico, esa falta de rigor metódico invalidará o deformará sus resultados.

2. EXÉGESIS Y CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA. *a*) El proceso de elaboración científica del derecho comprende dos estadios consecutivos: la *exégesis* y la construcción sistemática o *sistema*.

La exégesis estudia analíticamente los factores jurídicos para descubrir su interpretación. La construcción sistemática o científica elabora principios, relaciona y ordena los conocimientos obtenidos y los reduce a la unidad.

Con el sistema la ciencia del derecho alcanza su más alto rango científico. Como es sabido, los métodos de construcción y sistematización tienden a facilitar la organización del saber en *sistemas* o *teorías*, de tal modo que el encadenamiento de las ideas reproduzca el de las cosas. Si tenemos en cuenta que la ciencia es un conjunto de verdades lógicamente encadenadas entre sí, *de modo que formen un sistema coherente*, fácilmente se entenderá que el método sistemático o científico (la construcción sistemática) da a la ciencia jurídica su carácter más propiamente científico. El fin del método sistemático moderno no es solamente la ordenación lógica de la materia a tratar (método sistemático antiguo), sino sobre todo la reducción a la unidad y la explicación coherente –mediante la elaboración de conceptos y teorías– de un orden jurídico, de manera que se establezcan los principios, los caracteres generales y las constantes que dan razón de su configuración. Por eso el método científico se basa en la abstracción.

b) Exégesis y sistema no son incompatibles entre sí; por el contrario, son complementarios. La exégesis, sin el sistema, representa un estadio científico rudimentario e incompleto; el sistema sin la exégesis es imposible.

El esfuerzo por conocer con precisión el alcance de los términos con los que la norma se expresa y cuál es su mente (exégesis) es imprescindible y tarea previa al sistema. En este sentido, la labor llevada a cabo por los exégetas es de notable fecundidad, y el científico que pretende colaborar en la tarea de la construcción sistemática, lejos de despreciarla, debe tenerla muy en cuenta.

c) La tarea de la construcción del sistema es el quehacer más alto del científico. El conjunto de conocimientos debe elevarse a sistema, explicando los nexos que ligan unos factores jurídicos (especialmente las normas) con otros, mediante la elaboración de conceptos generales que expliquen el sentido de las reglas y los demás factores y nos den la clave de la justa decisión de los casos.

El sistema tiene fundamentalmente un valor instrumental dirigido a perfeccionar la realización del derecho, pero sin sustituir al nivel prudencial. Reaccionando contra los excesos del pandec-

tismo, que pretendió suplir con un brillante aparato conceptual el vacío ocasionado por haberse relegado al olvido la concepción prudencial del derecho, De Castro ha situado en sus justos límites la función sistemática: "El sistema –escribe[1]– no es imprescindible para el Derecho, pero es de gran utilidad por la claridad que para su conocimiento produce. En cambio, sacarlo de su función instrumental y querer basar en la perfección o en la elegancia del sistema la autoridad del Derecho o pretender atribuirle una mística fuerza jurídica productora, son atentados inadmisibles contra la dignidad y la naturaleza del Derecho". Y añade: "Frente a la tendencia hacia la abstracción y las definiciones y clasificaciones *dogmáticas*, debe observarse que sólo están justificadas aquellas que sirven a la mejor realización del Derecho. Esos juegos intelectuales, a que tan dada ha sido la escuela de los pandectistas, son inútiles y muchas veces perjudiciales".

3. EL PENSAMIENTO CIENTÍFICO. *a*) La ciencia del derecho, por ser una ciencia fenoménica, exige en su cultivador el *espíritu científico* y el *espíritu positivo*.

El espíritu científico pide las siguientes cualidades: a) *Objetividad*: es preciso que el científico se someta escrupulosamente al objeto de su estudio, esforzándose en observarlo con la mayor exactitud posible. Por lo tanto, debe eliminar todo prejuicio (no son prejuicios los datos que proporcionan otros saberes) y utilizar todos los medios de información y observación a su alcance. La objetividad se refleja en la probidad intelectual y en el espíritu de observación. b) *Rigor*: el científico debe esforzarse en no afirmar cosa alguna que no esté rigurosamente demostrada según todas las exigencias del objeto. Al mismo tiempo debe tener en cuenta que algo no demostrado por el método científico puede aceptarse como verdadero si como tal ha sido mostrado por un saber más alto (saberes ontológicos); pero en este caso el rigor metódico exige que no se dé como conclusión científica la que es de otra naturaleza. c) *Espíritu crítico*: que es un espíritu de libertad

1. *Derecho Civil de España. Parte General*, I, 3ª ed. (Madrid 1955), págs. 494 s.

intelectual, por el que el científico acepta volver sobre las conclusiones ya conseguidas, admite discusiones y reservas, confronta los resultados de sus investigaciones y está siempre dispuesto a modificar sus propias conclusiones. Una de las condiciones de la ciencia es saber dudar, pues la pasión de interrogar crece con el saber. Todo lo cual no es más que una forma de amor a la verdad, del sentimiento de la complejidad de la realidad y de los límites de la inteligencia humana.

b) El carácter fenoménico de la ciencia jurídica reclama también el espíritu positivo, que está determinado por: a) *La sumisión al dato*: el científico del derecho debe someterse al dato, en el sentido de que la objetividad que dirige y ordena sus estudios es primordialmente el fenómeno jurídico, es decir la realidad jurídica en cuanto dada y observable fenoménicamente. b) *La reducción a lo operable*: las verdades alcanzadas deben traducirse en fórmulas jurídicas que las hagan realizables. c) *La idea de inteligibilidad funcional*: esto es, que todo concepto jurídico o toda teoría son inteligibles y válidos en la medida en que son funcionales, o sea en la medida en que explican y facilitan la operatividad del derecho. d) *La idea de suficiencia científica*: es decir, la idea de que todo fenómeno jurídico se puede explicar adecuadamente (aunque no en sus últimas causas) por otro fenómeno jurídico. Esto supone evitar el recurso a lo metapositivo como explicación del fenómeno, pues la explicación propia de la ciencia jurídica debe ser fenoménica. Pero como ya hemos dicho, esto no se opone a la apertura a los datos de los saberes ontológicos. Por el contrario, esos saberes son *fundamento*, *guía* y *contraste* de la tarea científica. Lo que queremos decir es que no puede darse como explicación científica, lo que es explicación filosófica o sociológica, etc. La reducción científica a la unidad sistemática del saber jurídico exige que la *explicación* de los principios, de la concatenación de las consecuencias y de las constantes estén obtenidos a nivel fenoménico aunque fundados en saberes más altos. Sólo así habrá un sistema

científico; en otro caso sería de otra índole o no sería un sistema, sino un agregado de diversos saberes[2].

c) Establecidos los principios básicos sobre el método en estos dos apartados, las páginas que siguen intentan dar una visión sucinta y de conjunto del instrumental utilizado en el método jurídico. Como los recursos instrumentales son muchos, nos limitaremos a una selección significativa.

4. LA ABSTRACCIÓN EN LA TÉCNICA LEGISLATIVA Y EN LA CIENCIA JURÍDICA. *a*) La técnica legislativa está basada en la abstracción. Sin ella sería impensable la tarea de legislador, que debería ser sustituida por una imposible regulación caso por caso. Las leyes son posibles porque el entendimiento humano es capaz –y en ello consiste la abstracción– de captar los rasgos comunes a determinados grupos de seres, hechos o acciones singulares, reducirlos a una representación y formular sobre ellos un juicio, aplicables a todo el conjunto. De todos y cada uno de los matrimonios por ejemplo, nace el concepto de "matrimonio"; de los valores inherentes a todas y cada una de las personas humanas se infiere la "dignidad de la persona humana".

Es este proceso el que hace posible la ley. El legislador recoge los rasgos comunes de grupos de acciones, estructuras sociales o cosas, y los regula, mediante un juicio sobre ellos, en una ley. Por eso toda ley es siempre norma general y abstracta, que exige una aplicación prudencial.

Del mismo modo, la ciencia del derecho, por ser ciencia –conocimiento de validez general– actúa por abstracción. Estudia el contrato, el matrimonio, la compraventa, o este o aquel tipo de asociación.

b) ¿Cuáles son los rasgos de esta abstracción? En primer lugar, aquellos que son comunes a toda abstracción (nos referimos a la predicamental). La abstracción es un proceso más o menos intenso, según los grados, de separación de las condiciones

2. Cfr. R. JOLIVET, *Tratado de Filosofía*, I, cit., págs. 161 s.

materiales de existencia singular del objeto. Conocido un conjunto de objetos, la mente separá aquellas notas que definen a cada uno de ellos como singular, para quedarse sólo con aquéllas que son predicables a todos. De un conjunto de acciones contrarias a la justicia con unos rasgos comunes, v. gr., aparece la noción de delito. En este sentido, cada noción abstracta "empobrece" el objeto, al desprender de él todo aquello que lo define como concreto. De ahí surge el concepto, integrado por aquel conjunto de notas, que el entendimiento recoge en una unidad, después de haber separado aquellas otras que no interesan. ¿En qué se basa el interés de esas notas y por tanto el tipo de concepto? En lo que ahora nos importa podemos señalar que se funda en el aspecto formal desde el que se opera y la perspectiva que ilumina el objeto. Así, por ejemplo, el hombre aparece como viviente, como animal, como hombre (compuesto de alma y cuerpo), como ciudadano, como amigo, como enfermo, etc... Cada uno de estos conceptos son aplicables al hombre, pero todos ellos recogen del hombre sólo unas notas características. Cuanto mayor es el grado de intensidad de la abstracción, más "pobre" es el concepto, es decir, menos notas recoge del objeto abstraído, pero a la vez es predicable de mayor número de objetos. Así hombre se predica de todo individuo humano; pero ciudadano francés, concepto más rico, pues abarca el concepto hombre añadiendo su pertenencia a un Estado concreto, se predica de menor número de hombres. Este proceso de abstracción es aplicable a la ciencia jurídica. También ella actúa a través de abstracciones, que señalan unas notas específicas de la realidad.

c) En segundo término, el grado de abstracción de la ciencia jurídica, tal como hemos dicho, no es el *intensivo-filosófico* (ontológico o sustancial), sino la abstracción empiriológica o accidental propia de la ciencia (el nivel científico al que antes nos hemos referido), que valiéndose de un procedimiento comparativo entre los aspectos fenoménicamente observados, procura elaborar aquellos conceptos o esquemas unitarios, necesarios para lograr el fin técnico que se persigue: la mejor ordenación, comprensión y aplicación del derecho. Sin embargo, dentro de este nivel existe

también una gradación de la abstracción, de suerte que, como hemos dicho, caben conceptos más o menos amplios.

d) Por último, los conceptos, juicios y enunciados obtenidos por la ciencia jurídica son peculiares; es decir, el jurista abstrae de la realidad las notas que reflejan aquel modo de la realidad que compete al orden del derecho, a diferencia de otros sectores de lo real. Surge así el concepto, el juicio, o el enunciado jurídicos que reflejan un *aspecto* de la verdad, precisamente aquél cuyo conocimiento es necesario para implantar el orden social justo. Y así, si el jurista o el legislador emiten un juicio –"tal acción es lícita", por ejemplo– esa licitud se refiere a la conducta jurídicamente valorable, no precisamente a una valoración moral que puede ser distinta. Quien dice valoración moral, dice también valoración técnica de otro tipo.

5. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS. *a*) En virtud de la abstracción por la que opera, la ciencia del derecho se sirve normalmente de conceptos (representación intelectual de una cosa). Muchos de estos conceptos están tomados de otras ciencias o del pensar común (v. gr., hombre). En tales casos el contenido y el valor de estos conceptos son los mismos que en sus fuentes originarias.

Pero en otras ocasiones, la ciencia jurídica elabora sus propios conceptos, apareciendo entonces los *conceptos jurídicos*. ¿Cómo se forman estos conceptos?

Unos provienen, simplemente, de una delimitación y fijación, por necesidades técnico-jurídicas, de conceptos asumidos de otras fuentes. Piénsese, v. gr., en el domicilio. En principio esta noción significa el lugar donde habita una persona con cierta estabilidad. Pero se trata de un concepto sin perfiles fijos, cuya utilización indiscriminada daría lugar a considerables dificultades en la aplicación de las leyes que a él se refiriesen o lo tuviesen en cuenta. Ante esto, la técnica jurídica delimita este concepto dándole unas notas fijas.

Otros conceptos, si bien tampoco son originarios de la ciencia jurídica, sin embargo son objeto de la conceptualización típica del

derecho, despojándolos de aquellas notas o rasgos sin relevancia jurídica, e incluso añadiéndole otras. Por ejemplo, la buena fe.

Todos los conceptos hasta ahora enumerados conservan, al pasar a la ciencia jurídica, los rasgos originarios –salvo, claro está, aquéllos de los que han sido despojados al ser conceptualizados por la ciencia jurídica–, sea cual fuere el grado de abstracción en el que fueron obtenidos. Por lo tanto, aquellos conceptos que contienen un valor que se traduce en unas exigencias, conservan el contenido normativo y pueden ser base de decisiones, como afirma Coing[3].

Por último, hay una serie de conceptos de índole jurídica, originarios del pensamiento y el saber jurídicos, aunque hayan pasado a otras ciencias o al lenguaje vulgar: contrato, sujeto de derecho, declaración de voluntad, acto administrativo, etcétera... La construcción científica se funda principalmente en estos últimos, que pueden llamarse los *conceptos-base* de la ciencia jurídica. Y estos conceptos son aquellos que se construyen plenamente de acuerdo con el nivel de abstracción en que se mueve la ciencia del derecho, y, por lo tanto, pueden ser considerados como los conceptos jurídicos puros; los demás son conceptos asumidos.

b) Todo este conjunto de conceptos jurídicos, puros o asumidos, pueden clasificarse siguiendo a Coing en:

1º. Conceptos esenciales fundados en valores éticos: v. gr., la buena fe.

2º. Conceptos esenciales basados en fénomenos sociales penetrados de valor: así la persona o la comunidad matrimonial de vida.

3º. Conceptos generales empíricos de cosas o hechos que tienen importancia en la vida social: bien inmueble, por ejemplo.

4º. Conceptos, también empíricos (recuérdese el nivel en que se mueve la ciencia jurídica), de índole técnico-jurídica, como p. e. objeto de derecho o acto administrativo[4].

3. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, cit., pág. 277.
4. Ob. y loc. cits.

Como ya hemos dicho, los conceptos de valor tienen un contenido normativo; los demás –generales empíricos y jurídicos puros– sólo poseen un valor de delimitación.

c) Desde el punto de vista de las notas contenidas, los conceptos jurídicos, como todos los conceptos, pueden clasificarse en *superiores* e *inferiores*. Los inferiores están contenidos en los superiores. Así, sujeto de derecho es un concepto superior que contiene tanto la persona física como la persona moral; negocio jurídico comprende los contratos, el testamento, etc. Los conceptos superiores tienen menos notas que los inferiores y en consecuencia mayor extensión.

En buena lógica, todas las notas contenidas en el concepto superior son predicables de los inferiores. Sin embargo, no siempre ocurre así en la ciencia jurídica. Esto es debido a la propia naturaleza epistemológica de estos conceptos, obtenidos más por generalización que por universalización. En efecto, en muchas ocasiones una nota determinada expresa la característica general de un grupo de hechos o acciones, que puede tener en ocasiones supuestos excepcionales. Con todo, en no pocos casos, la excepción revela un defecto de sistematización. Defecto corregible en los trabajos científicos, pero no en las leyes vigentes, mientras no sean reformadas; de ahí que el intérprete deba tener presente esta anomalía, porque un exceso de conceptualización podría llevar a resultados insatisfactorios, por contrarios al espíritu de las leyes.

d) Un rasgo común a los conceptos jurídicos es su naturaleza técnica e instrumental. En los conceptos asumidos este rasgo se limita a los aspectos objeto de conceptualización jurídica; en los conceptos jurídicos puros abarca la totalidad de sus notas.

Este rasgo es una consecuencia propia de la naturaleza y la finalidad de la ciencia jurídica. Esta ciencia no tiende a decirnos qué son las cosas en sentido ontológico, sino qué suponen o qué función tienen en el orden jurídico. Así no intenta conocer qué es la persona humana, por ejemplo, o qué es un edificio; todo esto es propio de la filosofía o de la arquitectura. La ciencia jurídica lo que pretende conocer es qué representan o qué función tienen en el

mundo del derecho vigente estas realidades. Cuando elabora un concepto, v. gr., derecho subjetivo o personal moral, no está haciendo referencia a la ontología última y radical de unas realidades (esto es función de la filosofía o del nivel fundamental), sino a una vigente ordenación social, a unos instrumentos técnicos o modos de ordenación –por supuesto basados en criterios de verdad y de justicia–, que suponen una opción histórica y un factor de creación de la mente humana. Esto es especialmente válido para aquellos conceptos que no son propios o utilizables por la legislación, sino sólo por la ciencia, que tiende, a través de ellos, a ordenar y explicar un determinado orden jurídico. Ni deben construirse conceptos que no sean útiles a este fin técnico, ni mantenerse aquéllos que han perdido su utilidad.

Los conceptos jurídicos puros son –deben ser– verdaderos, pero la verdad que manifiestan es, sobre todo, una verdad técnica. De ahí su carácter instrumental y relativo. Son relativos porque revelan, no la íntima esencia de las cosas, sino qué son y qué representan éstas en un orden jurídico determinado, conforme a los criterios técnicos de ordenación propios de ese ordenamiento.

¿Significa esto que no hay un conocimiento jurídico válido de modo permanente? No; quiere decir que el saber jurídico *absoluto* –no relativo– es propio del nivel fundamental; y que el nivel científico, por el grado de abstracción utilizado y por su fin, elabora conceptos que, junto a notas que pueden ser absolutas y permanentes, contiene otras que son propias de una legislación determinada y por tanto son variables, aunque de hecho no varíen. A este respecto hay que tener presente que cambiada una nota, cambia el concepto, aunque sólo en lo que a esta nota se refiere. Significa, también, que el nivel científico es ciencia sobre todo porque ha desarrollado métodos que obtienen un conocimiento racionalmente comprobable (es ciencia sobre todo por su método), como se sostiene modernamente por muchos autores (Larenz, De Castro, etc.). Y que el saber jurídico completo exige varios niveles de conocimiento.

6. HIPÓTESIS Y TEORÍAS. Si la ciencia jurídica comporta una reducción a la unidad no puede limitarse a estudiar unos datos; ni,

por tanto, a conceptualizarlos; debe encontrar la explicación y los nexos entre los distintos datos. En esta tarea de explicación y contrucción de la unidad aparecen las *hipótesis* y las *teorías*.

La hipótesis es una explicación *provisional* de los fenómenos observados, cuya función consiste en coordinar datos conocidos (función sistemática) y dirigir el trabajo del científico (función heurística). Sus fuentes son: la intuición, la disociación y la asociación de grupos de datos y la deducción. La hipótesis, para ser válida, debe ser sencilla y sugerida y verificable por los datos.

Por *teoría* en sentido estricto se entienden aquellas explicaciones que unifican otras explicaciones parciales, bajo cuya luz se construyen sistemáticamente todo un orden jurídico o grandes parcelas de él. Así, por ejemplo, la teoría pura del derecho de Kelsen; o la teoría del ordenamiento jurídico, a cuyo través una serie de constitucionalistas italianos han construido su ciencia. Es frecuente que las teorías se basen en un concepto o en una hipótesis. Las teorías coordinan y unifican el saber y son instrumentos de investigación.

Tanto las hipótesis como las teorías de la ciencia jurídica son instrumentales y relativas. No expresan ni explican la realidad última del derecho, sino que explican sólo el fenómeno jurídico. Por eso no son trasladables ni aplicables directamente a la explicación ontológica (filosofía, nivel fundamental). Y por esta razón carece de sentido criticarlas desde esas perspectivas por el hecho de no servir adecuadamente a esas ciencias.

7. LOS TIPOS JURÍDICOS. *a*) Otro de los recursos técnicos de que se vale la ciencia jurídica es la utilización y delimitación de *tipos*[5]. El tipo se presenta en la técnica jurídica: a) como medio para designar los supuestos de hecho contemplados por las normas; b) como forma de aprehensión y exposición de relaciones jurídicas.

En el orden general del pensamiento es conocido este procedimiento –la ciencia jurídica lo toma de él–, que proviene, bien de

5. Sobre los tipos jurídicos, vide K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., págs. 344 ss.

una generalización de rasgos en virtud de la frecuencia con que se producen (v. gr., el tipo de francés, de español, etc.), bien como expresión de un ideal normativo (la figura o tipo ideal del ciudadano, del funcionario, etc.), bien como expresión de un representante medio (la diligencia típica de un buen padre de familia), etc.

b) Para designar supuestos de hecho, la técnica jurídica utiliza: a) *Tipos empíricos de frecuencia*, que como tales deben ser interpretados (y no según el sentido de la expresión en las varias ciencias o técnicas). b) *Tipos medios normativos*, como es el caso de la determinación de la negligencia del titular de un oficio; en tales supuestos, se parte no del ideal de diligencia de un funcionario, por ejemplo, sino del tipo medio, cuyo comportamiento se considera como punto de contraste a los efectos de interpretación de la ley. c) *Tipos ideales normativos*. Los tipos ideales normativos, los ejemplares o arquetipos representan, como dice Larenz, una *imagen-meta*, siendo un deber tender a ellos, aunque nunca puedan realizarse con plena pureza. Con ello se convierten en *criterios de valoración* para todas las realizaciones y conductas. Como tipos ideales son metajurídicos, aunque su descripción se recoja en una ley (de rango superior y especial solemnidad, pues en otro caso no tendría sentido); pero pueden ser tenidos en cuenta como criterio de legitimidad del contenido de las leyes y como criterio de valoración y de aplicación de las mismas.

c) Los tipos de mayor interés, tanto en la técnica legislativa como en la construcción científica, son los que se refieren a la estructura y configuración de actos, instituciones y relaciones jurídicas. ¿En qué consiste esta técnica? De la gran variedad de actos, instituciones o relaciones que presenta la realidad, se escogen, en virtud de alguna de las formas de "tipificación" a que antes hemos aludido, aquellos que se consideran típicos en un momento histórico determinado; y la estructuración jurídica (momento legislativo) de dichos actos, relaciones o instituciones, o en su caso la exposición y construcción sistemática (elaboración científica) se realiza en función de ellos. Es decir, la legislación

delinea las notas principales de los tipos y regula conforme a éstas las realidades de que se trate. Por este procedimiento se crea y configura un "tipo legal", que sirve de cauce jurídico –de reconocimiento y regulación– de todo aquel conjunto de realidades, que responden al tipo.

El "tipo legal" tipifica y configura la estructura de unos actos, instituciones o relaciones, por lo que pertenece a la clase de tipos que Larenz llama *estructurales*, distinguiéndose netamente de los ya citados tipos empíricos de frecuencia y tipos medios normativos. Cumple una función técnica instrumental –cauce de reconocimiento y regulación– y, por lo mismo, no tiene carácter absoluto, esto es, sirve para regular las realidades que respondan al tipo, sin excluir las demás.

d) Es característica del tipo su naturaleza epistemológica, que no debe confundirse con la de los conceptos jurídicos. El tipo legal, más que un concepto jurídico, es un *esquema empírico*, la reproducción esquemática de la estructura de una realidad que se considera "típica". En otras palabras, para formar el tipo la mente no conceptualiza, esquematiza (es una abstracción precientífica). Por ello, su grado de abstracción es muy pequeño y conserva una inmediata y próxima referencia a la realidad. Esto tiene una importante consecuencia. Como dice Larenz, la elaboración de los tipos, y por tanto su interpretación, ha de hacerse de acuerdo con los elementos sustanciales de la realidad (la naturaleza y contenido real del sector o forma de la vida social regulada) que el tipo esquematiza.

Este rasgo epistemológico de los tipos explica su uso en la técnica jurídica. Cuando un acto, relación o institución responde plenamente a los rasgos del tipo, su reconocimiento y su regulación se hacen sobre la base de éste sin más. Cuando esto no ocurre, por no coincidir algunos de sus rasgos, también se reconoce y regula conforme al tipo, pero se recurre a la vez al derecho peculiar o a otros recursos técnicos, para respetar las diferencias.

e) Las relaciones jurídicas, actos o instituciones que no son enmarcables en los tipos configurados por la ley o por la ciencia se denominan *atípicos*, distinguiéndose entonces las formas típicas o tipo normal y las formas atípicas. Estas formas atípicas no quedan fuera del orden jurídico; se regulan por las normas generales, si es que existen, por leyes especiales, o simplemente por normas peculiares.

f) Los tipos legales pueden ser *abiertos* y *cerrados*. Se entienden por tipos abiertos, aquellos que sólo recogen algunos rasgos parciales; por tipos cerrados, aquellos que delimitan de modo completo la figura en todos sus rasgos característicos.

g) La delimitación de un tipo legal se funda, como hemos dicho, en la esquematización de unas realidades que, por diversos criterios, se consideran como típicas en un momento histórico. Pues bien, aparte de la evolución propia de todo ordenamiento jurídico, cabe una especial en el caso de los tipos. Pueden pasar de abiertos a cerrados, o delimitarse conforme a realidades que pasan a considerarse típicas en otro momento determinado; esto es, puede producirse un cambio sustancial o una modificación parcial en el tipo. ¿Qué ocurre entonces con las realidades que, perviviendo, están reconocidas y reguladas según un tipo determinado? La técnica normal consiste en dar una opción al cambio de figura según la cual se regulan. Cuando esto no es posible, se tienen en cuenta los principios de los derechos adquiridos y de la irretroactividad de las leyes. Todo esto por lo que respecta a la técnica de los tipos; otra cosa ocurre cuando un cambio o modificación obedece a otros criterios, v. gr., cuando lo que se pretende es modificar la realidad sustancial. Pero esta pretensión sólo es posible, como es obvio, si la autoridad tiene competencia para ello, la cual no existe, por ejemplo, si están en juego los derechos fundamentales de la persona. Para terminar aclaremos que una cosa es cambiar o modificar el tipo y otra distinta cambiar o modificar las normas que regulan el desenvolvimiento de las realidades a ellos acogidas.

8. LA REDUCCIÓN SIMPLIFICADORA. Consiste en la sustitución de lo cualitativo por lo cuantitativo.

A veces, la realidad social presenta contornos fluctuantes, sin obedecer a reglas fijas, pero representando cualidades que deben ser tenidas en cuenta por el ordenamiento jurídico; es preciso entonces adoptar unos criterios fijos, que sean al mismo tiempo justos –adecuados a la realidad– y seguros. En estos casos, uno de los recursos usados por la técnica jurídica es el de reducir una cualidad a una cantidad.

Tal ocurre, v. gr., con la jubilación laboral por menor capacidad para el trabajo. Si la norma dijese que la persona se jubilará "si por la edad avanzada se hace menos apta para el cumplimiento de su oficio", a nadie se le ocultan las dificultades que presentaría y la fuente de controversias a que daría lugar en cada caso. ¿Con qué criterios se mediría la menor aptitud de cada persona? ¿Cómo se evaluaría la edad avanzada? Siendo una norma justa y prudente sería prácticamente inaplicable. En casos como éste entra en juego la reducción simplificadora: la edad avanzada y la menor aptitud (cualidad) se transforman en una cantidad –tal edad– evitando de raíz las cuestiones que podrían presentarse. La mayoría de edad, la prescripción, etc... son otros tantos ejemplos.

9. EQUIPARACIONES FORMALES Y FICCIONES JURÍDICAS. Las *equiparaciones formales* –llamadas también remisiones– son fundamentalmente un recurso de técnica legislativa. Para evitar inútiles repeticiones, la ley equipara *a efectos jurídicos* un supuesto de hecho a otro distinto. Sustancialmente consisten en remitir a las normas que regulan los supuestos de hecho a los que se equiparan los contemplados en la norma equiparadora.

Un tipo especial de equiparaciones formales –especial más por su uso histórico y por el lenguaje utilizado a veces, que por su naturaleza– lo constituye la *ficción jurídica*.

Tuvo su origen en el derecho romano, por necesidades del tráfico jurídico. Frente al primitivo derecho quiritario que se consideraba intangible, se recurrió al procedimiento de *fingir* que un hecho distinto al contemplado por la ley era igual a éste, equiparándolo de este modo a efectos jurídicos. Después de la

recepción medieval del derecho romano, los juristas definieron durante siglos la ficción de acuerdo con la técnica romana, como "legis adversus veritatem, in re possibile ac ex iusta causa dispositio" (Alciato). Modernamente, aunque todavía hay autores que continúan definiéndola de este modo, ya no se admite tal configuración por numerosos juristas (Reiding, Demelius, Ihering, Stammler. Esser, Legaz, etc.), o afirman que se trata de una remisión o equiparación encubierta (Larenz). También desde el punto de vista del derecho canónico se ha sometido a revisión la definición tradicional (Llano Cifuentes).

En realidad, la técnica de la ficción jurídica no finge nada, ni contiene ninguna disposición contra la verdad. Se trata de un recurso legislativo en cuya virtud –como en toda equiparación– se otorgan los efectos jurídicos de un hecho a otro distinto. Podemos decir que la *fictio iuris* es un instrumento de técnica jurídica por el que, equiparando formalmente en una norma dos supuestos de hecho realmente diferentes, se consigue una equivalencia en su tratamiento jurídico, al otorgar a uno de dichos supuestos los efectos jurídicos que una norma jurídica distinta adjudica al otro.

10. FORMALISMO Y PUBLICIDAD. *a*) Formalismo y publicidad son dos medios de los que se sirve la técnica del derecho para proteger la seguridad en el orden jurídico. En principio, por ser el orden jurídico un orden social, entre personas, cuanto se mueve en el mundo del derecho debe ser externo; es decir, debe manifestarse externamente. Lo meramente interno, lo que no se manifiesta, no es captable por los demás y por lo tanto no puede ser objeto de relaciones jurídicas. De ahí la importancia del signo en el derecho, como medio necesario para que, a través de él, aquello que no es exteriorizable en sí mismo pueda manifestarse y ser objeto de relación y ordenación sociales. En este sentido, la *forma*, o figura externa con la que algo se da a conocer y es aprehensible por los demás, constituye un factor primordial en el orden jurídico.

Estas formas son muy varias. Un acto de voluntad puede manifestarse por palabras, por el silencio, por comportamientos o por omisiones; puede hacerse por escrito o verbalmente, utilizando una fórmula u otras, etc.

No todas estas formas o signos son igualmente aptas para expresar el contenido o la intención de la que son manifestaciones. Este hecho es un elemento de inseguridad, que puede llevar a distintas y erróneas interpretaciones del acto o del comportamiento. Surge de este modo la necesidad de imponer aquella o aquellas formas y fórmulas determinadas, que en cada caso se entienden más aptas para expresar su contenido, eliminando las que se consideran insuficientes. Unas veces estas fórmulas y formas se imponen en la práctica usual, otras por la legislación. La selección de una sola forma puede hacerse sobre la base de prescribirla con carácter obligatorio, pero sin excluir los efectos jurídicos de las demás manifestaciones admitidas (forma *ad liceitatem*); o también teniéndola por la única válida, cuando se estima que así lo exige la seguridad y la certeza jurídicas (*forma ad validitatem*).

b) No es, sin embargo, la seguridad el único principio que justifica el formalismo en el derecho. Hay un factor más de fondo al que antes hemos aludido. Las relaciones, los hechos o los actos sociales exigen una manifestación. Es más, el único medio que tiene el hombre para comunicarse con los demás es la captación del signo y de la manifestación; es decir, la figura exterior con que se revelan las intenciones, los pensamientos y las voluntades ajenas. De ahí que el derecho esté dominado por el principio de la forma. Sin manifestación no hay existencia en el mundo del derecho. Es más, si se entiende correctamente, es preciso hablar de un cierto predominio de la forma, en el sentido de que un acto o comportamiento es y vale en tanto que es comprensible por su signo o manifestación. Por eso, toda forma o signo admitidos son, en principio, válidos, esto es, desencadenan una eficacia. En otras palabras, toda manifestación reconocida produce, por lo menos, una presunción de contenido. Decimos "por lo menos", porque hay ocasiones en las que la seguridad y la justicia piden la validez absoluta del signo.

c) La forma aparece en el Derecho como signo o manifestación; por lo tanto, con una inherente referencia al contenido. El signo vale en tanto vale lo que en él se expresa. Por eso, el

predominio de la forma del que acabamos de hablar no significa normalmente más que una presunción de contenido. De ahí, v. gr., la relevancia de la simulación, el error, etc..., en los actos jurídicos.

El principio de la forma abarca todo el orden jurídico, también los actos de la autoridad. Estos se expresan en formas y fórmulas, en función de aquéllas. Quizás en ningún otro campo puede ofrecer este principio mayores garantías de defensa a los derechos de la persona.

Si el formalismo, bien entendido, es un recurso que favorece la seguridad del tráfico jurídico y, en esa medida, es un instrumento de defensa de los derechos de la persona, su exceso comporta una desnaturalización de este recurso. El derecho cae entonces en una rigidez que ahoga el impulso vital de la realidad social. Un formalismo excesivo es signo de un derecho primitivo o decadente.

d) Por lo que atañe al principio de publicidad, basta decir que es aplicable cuanto hemos dicho respecto al formalismo. También obedece a una razón de fondo y al principio de seguridad en sus reflejos más propios.

Todo acto jurídico, en tanto que debe ser externo, tiene de alguna manera la nota de publicidad. Pero cuando en derecho se habla del principio de publicidad se hace referencia sobre todo a la existencia de unos medios a través de los cuales un acto, o una relación, o unas situaciones jurídicas pueden ser conocidos por todos los interesados. Los medios de publicidad son muy variados: desde la intervención de funcionarios públicos, hasta la inserción de su anuncio en los diversos medios de comunicación social. La publicidad o publicación, según los casos, puede ser un requisito *ad liceitatem*, o incluso *ad validitatem*. También este principio es especialmente aplicable a las normas, actos administrativos y decisiones judiciales.

11. EL LENGUAJE JURÍDICO. *a*) El lenguaje en toda ciencia tiene una imprescindible razón de ser. Es el vehículo de comunicación y de transmisión de los conocimientos obtenidos, con

garantía de ser captados en su exacto sentido, dentro de lo que es posible teniendo en cuenta las limitaciones inherentes al lenguaje.

Por ello, la ciencia jurídica se sirve de un lenguaje propio, de un léxico que en cada caso expresa –debe expresar– con *precisión*, *claridad* y *sencillez* el concepto, el juicio o las consecuencias jurídicas. A través de ese léxico se transmiten los imperativos normativos, se expresan las decisiones judiciales o se manifiestan los contenidos de las relaciones jurídicas.

Cada concepto requiere un término, que es su expresión. Y como la ciencia jurídica elabora conceptos típicos y propios, es necesario un léxico nocional también típico y propio, porque sólo ese léxico es capaz de expresar, sin incertidumbres ni confusiones, el concepto jurídico.

No es razonable pretender que las leyes o las decisiones judiciales empleen un lenguaje vulgar –claro y sencillo, sí– prescindiendo de tecnicismos. Algo así, como un lenguaje asequible a todo el mundo. Y no es razonable, porque el lenguaje jurídico, al perder precisión, quedaría prácticamente imposibilitado para expresar su contenido, cuando no sería necesario que las leyes contuviesen largos circunloquios que dañarían gravemente a su eficacia. Como dijo Ihering, una sola expresión técnica ahorra cien palabras; y ahorra, podemos añadir, cien litigios.

b) El léxico jurídico es un instrumento de técnica jurídica. Por eso y ante todo debe ser extremadamente *preciso*. Pues el derecho, cuyo objetivo es establecer un orden firme capaz de asegurar todos los intereses y exigencias del bien común, debe aprehender eficazmente las realidades sociales y contenerlas en estructuras ordenadoras, eludiendo las incertidumbres y las vaguedades.

Utilizar un lenguaje vulgar, constantemente sometido a modificaciones y a significados elásticos, supondría la decadencia inmediata del derecho y de su fuerza ordenadora. De ahí que las metáforas, los simbolismos o el *sui generis* deben ser cuidadosamente evitados en el lenguaje jurídico, aunque no siempre sea factible hacerlo. Y no lo es precisamente en los casos en que la realidad no ha sido captada en términos o conceptos científicamente bien elaborados.

Asimismo debe ser *claro*; es decir, ha de ofrecer la posibilidad de captación de su sentido, aunque no siempre sea fácil. La oscuridad no reporta a la vida social más que pluralidad de interpretaciones, que es sinónimo de ineficacia de las leyes. Y en el plano de la ciencia impide la comunicación de resultados y esteriliza la tarea realizada.

Por último, debe ser *sencillo*, exento de innecesarias complicaciones. La ampulosidad o la complicación nada tienen que ver con el derecho, que es eminentemente funcional; ni con la ciencia, que es buscadora de la verdad. Todo lo que sobrepasa la sobriedad propia de la ciencia o del instrumental técnico es vana palabrería. Como dice el jurista norteamericano Llewellyn, la belleza del lenguaje jurídico es una belleza funcional y eficiente.

12. PRINCIPIOS BÁSICOS PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA. *a*) El núcleo más importante del método jurídico está, sin duda, formado por el conjunto de reglas y criterios para interpretar las normas. Las leyes, los negocios jurídicos y los actos administrativos, para ser aplicados, necesitan ser interpretados. Por eso, el método jurídico, junto a las reglas y recursos técnicos para ordenar la vida social, se compone de aquellos criterios que sirven para la interpretación de las normas. Desde el punto de vista científico, es ésta la parte del método de mayor interés, por su carácter básico, porque sin interpretación no hay conocimiento científico, ni construcción del sistema, ni aplicación a la realidad.

No sólo las leyes necesitan ser interpretadas; también la costumbre, los negocios jurídicos, los actos administrativos y toda estructura jurídica (derechos, deberes, etc.), necesitan de la interpretación siendo, en cada caso, peculiares las reglas de la misma. Por eso, parece preferible limitarse ahora a exponer los principios básicos de la interpretación jurídica, dejando la exposición de las reglas peculiares para las partes generales de las distintas ramas de la ciencia jurídica (derecho civil, derecho administrativo, derecho procesal, etc.). Por otra parte, en la actual ordenación del Plan de Estudios de las Facultades de Derecho españolas, la interpretación de las normas no es objeto de la disciplina "Filosofía del Derecho" –a la que este libro pretende

servir de manual–, sino de la disciplina llamada "Teoría del Derecho". Reducimos, pues, estas líneas a unas consideraciones testimoniales.

¿Qué quiere decir interpretar? Es común definir la interpretación de la ley como la declaración de su sentido genuino. Y lo propio puede decirse de la interpretación de la costumbre, del acto administrativo o del negocio jurídico. En principio, es ésta una definición válida, con tal que se comprenda la interpretación en sus genuinos contornos. Interpretar es, sobre todo, una operación intelectual de comprensión. Consiste en aprehender –se declare o no– el *contenido normativo* de la regla de derecho.

b) El primer principio básico de la interpretación es el de la relación entre estructura jurídica y realidad social. La estructura jurídica no es un conjunto de conclusiones lógicas obtenidas por silogismos de unos principios apriorísticos. Es un orden de y para la realidad social. Es un producto de la prudencia jurídica, que, como tal, debe ser referido constantemente a las situaciones de hecho que pretende regular. La estructura jurídica existe *en función* de la realidad social. Su razón de ser y de existencia se funda en estas dos coordenadas: una realidad social, que ha de ser regulada, y las exigencias de orden y de justicia a las que la norma (en general la estructura jurídica) pretende servir. Cuando no hay realidad social, no hay norma propiamente dicha. O es una reliquia histórica, o un puro juego intelectual. ¿Qué otra cosa sería, v. gr., una ley que actualmente pretendiese regular los feudos? Y si no hay exigencias de orden y de justicia, la regulación escapa de la naturaleza y función del orden jurídico.

Pero toda realidad social, aunque presente una gama de posibilidades de ordenación en la cual se funda la opción legislativa, tiene un núcleo fundamental de orden incoado; presenta un núcleo de normatividad, porque toda realidad tiene naturalmente un sentido y una dirección. El contenido normativo de toda estructura jurídica debe ser comprendido en función y en relación con la realidad social y su núcleo fundamental o de normatividad; es decir, según las necesidades y exigencias de orden y de justicia. De

esta forma no es correcto interpretar las normas sólo por sus enunciados, si no se tiene a la vez presente la realidad social.

c) El segundo principio general, directamente unido al anterior, es el de la historicidad del ordenamiento jurídico. La esencial e inherente dimensión práctica (orden vivo y eficaz) que tiene el orden jurídico implica que las estructuras jurídicas sean interpretadas –no hablamos ahora de adaptación– de acuerdo con el momento histórico. La interpretación de la norma tiene generalmente un trasfondo de ideas, que influyen –muchas veces de modo decisivo– en ella. Una misma ley, v. gr., puede ser comprendida –interpretada– con matices diferentes según se contemple con una u otra mentalidad. Asimismo la misma realidad social –inmersa en la historia– adquiere nuevos matices y nuevos sentidos con el devenir histórico. Pues bien, la norma siempre debe ser interpretada en función de esta dimensión histórica, y por lo tanto con actualidad.

d) Por último, criterio básico y muy fundamental es el *sentido –finalidad– del derecho*. Una estructura jurídica determinada, una norma, un derecho, un deber, etc., no se agotan en aquella finalidad inmediata que aparece en su enunciado. Son aspectos, factores o partes de un orden más amplio y completo, en función del cual deben ser interpretados. Según esto, toda norma o todo elemento de una estructura jurídica tienen un *sentido* más pleno que el que resulta de su aislada consideración. Pues bien, este *sentido* es un factor de primer orden para interpretarlos, es decir, para comprenderlos en su naturaleza, delimitar su extensión e intensidad y entenderlos en su finalidad.

En conclusión, la interpretación de la norma debe hacerse con realismo, sentido de la historicidad y criterio teleológico.

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES, *Primeros Analíticos* y *Tópicos*; AA.VV., *Metodologia della scienza giuridica*, a cura di A. Carrino (Napoli 1989); AA.VV., *Le raisonnement juridique et la logique deontique* (Bruxelles 1971); N. BOBBIO, *Derecho y lógica*, ed. castellana (México 1965), con un apéndice bibliográfico; I. M. BOCHENSKI, *Los métodos actuales del pensamiento*, 6ª ed. castellana (Madrid 1969); F. CARNELUTTI, *Metodología del Derecho*, ed. castellana (México 1940); B. CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, (Buenos Aires 1973); F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España. Parte General*, I, 3ª ed. (Madrid 1955); J. DABIN, *Teoría general del Derecho*, ed. castellana (Madrid 1955); K. ENGISCH, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, ed. castellana (Pamplona 1968); J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, ed. castellana (Barcelona 1961); V. FROSINI, *Cibernética, derecho y sociedad* (Madrid 1982); J. A. GARCÍA AMADO, *Teorías de la tópica jurídica* (Madrid 1988); E. GARCÍA MAYNEZ, *Introducción a la Lógica jurídica* (México 1951); ID., *Lógica del juicio jurídico* (México 1955); ID., *Lógica del razonamiento jurídico* (México 1964); F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, I (reprod. fotomecánica, Paris s.f.); A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, en *Obras Completas*, V (Madrid 1988); R. JOLIVET, *Tratado de Filosofía*, I, *Lógica y Cosmología*, ed. castellana (Buenos Aires 1960); G. KALINOWSKI, *Introducción a la lógica jurídica*, ed. castellana (Buenos Aires 1973); ID., *Études de logique deontique* (Paris 1972); ID., *Lógica de las normas y lógica deóntica* (Carabobo 1978); A. KAUFMANN, *Analogía y naturaleza de la cosa*, ed. castellana (Santiago de Chile 1976); U. KLUG, *Juristische Logik*, 3ª ed. (Berlin-Heidelberg 1966); K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, ed. castellana (Barcelona 1966); L. J. LOEVINGER, *Una introducción a la lógica jurídica*, ed. castellana (Barcelona 1954); M. G. LOSANO, *Introducción a la informática jurídica* (Palma de Mallorca 1982); R. LLANO CIFUENTES, *Naturaleza jurídica de la "fictio iuris"* (Madrid 1963); A. MONTORO, *Aproximación al estudio de la lógica jurídica* (Murcia 1986); ID., *Notas sobre el razonamiento jurídico y la posibilidad, significación y límites de la lógica jurídica*, en "Persona y Derecho", XII (1985), págs. 67 ss.; A. OLLERO, *Interpretación del Derecho y positivismo legalista* (Madrid 1982); CH. PERELMAN, *Logique juridique* (Bruxelles 1976); ID., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, ed. castellana, reimpr. (Madrid 1988); A. E. PÉREZ LUÑO, *Cibernética, informática y Derecho (Un análisis metodológico)* (Bolonia 1976); F. PUY, *Tópica jurídica* (Santiago de Compostela 1984); L. RECASENS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación jurídica* (México 1973); J.L. SOURIOUX-P. LERAT, *Le langage du droit* (París 1975); L. REISINGER, *Rechtsinformatik* (Berlin 1977); A. ROSS, *Lógica de las normas*, ed. castellana (Madrid 1971); J. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología jurídica* (Madrid

1988); TH. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, ed. castellana (Madrid 1986); M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho*, ed. castellana, II (Pamplona 1981); O. WEINBERGER, *Rechtslogik* (Wien-New York 1970); ID., *Logische Analyse in der Jurisprudenz* (Berlin 1979); G. WINKLER, *Rechtstheorie und Rechtsinformatik* (Wien-New York 1975); G. H. VON WRIGHT, *Lógica deóntica*, ed. castellana (Valencia 1979).

ÍNDICE DE AUTORES*

* A cargo de Marta Dalfó